

Alfred Giere

**DIE BEDEUTUNG ÖFFENTLICHER INTERESSEN
BEI DER ANWENDUNG DES § 1 UWG**

1978

DIE BEDEUTUNG ÖFFENTLICHER INTERESSEN BEI DER
ANWENDUNG DES § 1 UWG

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

A l f r e d G i e r e

aus

A h e

1978



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Knopp
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Bernert
Dekan: Prof. Dr. Welp
Tag der mündlichen Prüfung: 17.2.1978

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite:</u>
Schrifttumsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	LIII
TEIL I GRUNDLEGUNG	1
§ 1 EINFÜHRUNG IN DAS PROBLEM	2
I. DAS ALLGEMEININTERESSE: EIN OFFENER BEGRIFF	2
II. VON DER INDIVIDUALRECHTLICHEN ZUR SOZIAL- RECHTLICHEN BETRACHTUNGSWEISE DES UNLAUTER- KEITSRECHTS	5
1. Individualrechtlicher Ausgangspunkt	5
2. Erste sozialrechtliche Tendenzen	7
3. Gemeinschaftsbezogene Deutung der Klage- befugnis der Mitbewerber und Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG	8
a) Bedeutung des § 13 Abs. 1 UWG	8
b) Maßgeblicher Grund für diese besondere Klagebefugnis	10
4. Reaktion der Lehre	12
a) Keine zeitliche Parallele zur Recht- sprechung	12
b) Streit um die Außenseiter-Unterbietung	13
c) Einfluß der neueren sozialrechtlichen Tendenzen in der Rechtsprechung	15
aa) Verteidigung der bisherigen Positionen	15
bb) Abkehr vom reinen Mitbewerberschutz	16
d) Wiederbelebung der Schutzgutfrage	18

5. Gemeinschaftsbezogener Verhaltensmaßstab nach § 1 UWG	19
§ 2 DAS ALLGEMEININTERESSE IN DER RECHTSPRECHUNG (BESTANDSAUFNAHME)	21
I. ERSTES HAUPTBEISPIEL: MASSENWEISE UNENTGELT- LICHE VERTEILUNG VON WARE	21
1. Reichsgericht	21
2. Bundesgerichtshof	23
II. ZWEITES HAUPTBEISPIEL: UNENTGELTLICHE VER- TEILUNG VON ANZEIGENBLÄTTERN MIT REDAKTIONELLEM TEIL	26
III. DIE WEITEREN FALLGRUPPEN (ÜBERBLICK)	29
1. Verbraucherbezogene Unlauterkeit	29
2. Behinderung der Mitbewerber	33
3. Vergleichende Werbung	34
4. Öffentliche Waren- oder Unternehmenskritik	35
5. Einzelfälle	37
IV. ARGUMENTE MIT BEZUG ZUM ALLGEMEININTERESSE	38
1. Schutz der Allgemeinheit vor progressiver Übersteigerung	38
2. Unsachliche Beeinflussung der Verbraucher- entscheidung	40
3. Schutz kleinerer, kapitalschwacher Mitbe- werber vor Übersteigerung und machtbe- dingten Wettbewerbsverzerrungen	43
a) Zunehmende Beliebtheit dieses Arguments	43
b) Vorspannwerbung	44
c) Anzapfen	45
d) Verkauf unter Selbstkosten	46
e) Vorrang des Kartellrechts?	48

4. Einschränkung des Verbotsbereichs zum Schutz des freien Wettbewerbs	49
a) Vergleichende Werbung	49
b) Ausnutzung fremden Vertragsbruchs	52
5. Verwirklichung gesamtwirtschaftlicher Zielsetzungen	54
a) Förderung des wirtschaftlichen und technischen Fortschritts	54
b) Versorgung der Bevölkerung	55
c) Schaffung und Aufrechterhaltung eines günstigen Preisniveaus	55
6. Schutz bestimmter Einrichtungen des Wirtschaftsverkehrs	56
a) Preisbindung	56
b) Preisempfehlung	57
c) Markenware	60
7. Fiskalische Interessen	61
8. Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter	61
9. Erhöhter Bestandsschutz bestimmter Gewerbezweige	62
a) Tagespresse	63
b) Gewerbe, die dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen	63
c) Taxigewerbe	64
d) Buchhandel	64
e) Meinungsforschungsgewerbe	64
10. Verfassungsrechtliche Wertungen	65
a) Grundrecht der Meinungs- und Pressefreiheit	65
b) Verfassungsmäßiger Schutz der Individualsphäre	66
c) Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung	66

V. ART UND WEISE DER ANKNÜPFUNG AN DEN BEGRIFF DER "GUTEN SITTEN"	67
1. Auffassung der Allgemeinheit	67
2. Schutz der Allgemeinheit	68
3. Schutz des Leistungswettbewerbs	69
§ 3 DER DISKUSSIONSSTAND IN DER LEHRE	70
I. KRITIK AN DER RECHTSPRECHUNGSPRAXIS	70
1. Grundzüge	70
a) Grundsätzliche Einwände gegen eine Berücksichtigung des Allgemeininteresses	70
b) Vorwurf unzulässiger Wirtschaftspolitik	71
2. Die einzelnen Argumente	72
II. VERTEIDIGUNG DER RECHTSPRECHUNG DURCH DIE HERRSCHENDE LEHRE	78
1. Zusammenfassung der Argumente	80
2. Verschiedene dogmatische Ausgangspositionen	87
a) Schutzgutlehren	87
b) Rechtscharakter der guten Sitten	88
III. GRUNDSÄTZLICHE BEDENKEN GEGEN DIE BISHERIGE PROBLEMBEHANDLUNG IM SCHRIFTTUM	94
1. Unklare Aussagen	94
2. Problemverkürzende Betrachtungsweise	96
3. Zusammenfassende Kritik	97
IV. ZIELSETZUNG DER ARBEIT UND GANG DER DARSTELLUNG	98

	<u>Seite:</u>
§ 4 DIE NORMATIV-DESKRIPTIVE DOPPELSINNIGKEIT VON "ALLGEMEININTERESSE" UND DARAUS RESULTIERENDE GEFAHREN EINES UNREFLEKTIERTEN WORTGEBRAUCHS	101
I. FAKTISCHES ALLGEMEININTERESSE	101
1. Tatsächliche Bedürfnisse der Mitglieder einer Gemeinschaft	101
2. Bündel von Einzelinteressen	103
II. ALLGEMEININTERESSE ALS SAMMELBEGRIFF FÜR BEWERTUNGSFAKTOREN	105
1. Interesse als Bewertungsfaktor	105
2. Auswahl bestimmter Bewertungsfaktoren	106
3. Abgrenzung	108
III. EINHEITLICHES WOLLEN UND WERTEPLURALISMUS	109
1. Deskriptiver Anschein von Werturteilen über Allgemeininteresse	109
2. Begrenzte Rolle faktischer Allgemein- interessen im Unlauterkeitsrecht	110
IV. ÖFFENTLICHE INTERESSEN UND INDIVIDUALSCHUTZ	113
1. Kein wesenhafter Gegensatz von Privatinteresse und öffentlichem Interesse	114
2. Anspruchsberechtigung und öffentliche Interessen	116
V. DAS DOGMA VON DER HÖHERWERTIGKEIT DES ALLGEMEININTERESSES	117
1. Sozialkonflikte trotz Gleichklangs von Einzel- und Gesamtinteresse	118
2. Gleichwertigkeit privater und öffentlicher Interessen	118

3. Rechtsprechung des BGH in Wettbewerbs- sachen	119
VI. ALLGEMEINHEIT ALS "BETEILIGTE" AM WETTBE- WERBSGESCHEHEN?	121
VII. GEFAHR VERDECKTER WERTUNGEN	121
§ 5 VERBRAUCHERINTERESSEN UND WIRTSCHAFTS- POLITISCHE WERTUNGEN IM UNLAUTERKEITSRECHT	124
I. VERBRAUCHERINTERESSEN	124
1. Der Verbraucherschutzgedanke in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion (Grundzüge)	126
2. Die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers	129
a) Verbraucherinteresse als Werturteil	129
b) Typischer Verbraucherschutz	129
c) Das Verbraucherrecht als Instrument zur Kontrolle von Anbietermacht?	131
d) Abgrenzung des typischen Verbraucher- schutzes	135
aa) Wettbewerbsschutz	135
bb) Optimale Bedürfnisbefriedigung	137
cc) Allgemeiner Individualschutz	138
3. Verbraucherschutz als Etikett für wirt- schaftspolitische Wertungen	139
a) Das scheinbare Aufklärungsinteresse	139
b) Die scheinbar unsachliche Beeinflussung	141
II. WIRTSCHAFTSPOLITISCHE WERTUNGEN	144
1. Wirtschaftspolitik statt Rechtsprechung	145
a) Unterschiede in der Aufgabenstellung	145
b) Ausräumung eines Vorurteils	146

	<u>Seite:</u>
2. Wirtschaftspolitik, Wettbewerbsschutz, Unlauterkeitsschutz	149
3. Arten wirtschaftspolitischer Wertungen und Zuordnung der wettbewerbsrechtlichen Argu- mente	152
4. Der Grundsatz des Leistungswettbewerbs	156
 TEIL II DAS UWG - EIN WIRTSCHAFTSPOLITISCH NEUTRALES GESETZ?	 163
 § 6 DAS AXIOM DER WIRTSCHAFTSPOLITISCHEN NEU- TRALITÄT; KERNPUNKT DER DISKUSSION	 163
 I. PRAKTISCHE BEDEUTUNG DES GRUNDSATZES	 163
 II. UNTERGEORDNETHEIT DER ÜBRIGEN EINWÄNDE	 165
1. Das geschützte Rechtsgut	165
2. Privates Klagesystem	167
3. Rechtscharakter der "guten Sitten",	168
4. Keine Notwendigkeit der Einbeziehung öffentlicher Interessen?	170
 III. INTERDEPENDENZ VON WIRTSCHAFTSORDNUNG UND RECHT GEGEN UNLAUTEREN WETTBEWERB	 178
 § 7 DAS RECHT GEGEN UNLAUTEREN WETTBEWERB - EIN KIND SEINER ZEIT	 181
 I. INDIVIDUALRECHTLICHE KONZEPTION DES GESETZ- GEBERS	 181
 II. DAS STAATS- UND GESELLSCHAFTSBILD JENER EPOCHE	 184
1. Das Sozialmodell der bürgerlichen Ge- sellschaft	184

	<u>Seite:</u>
2. Trennung von Staat und Gesellschaft	185
III. GEWERBEFREIHEIT UND WETTBEWERBSSCHUTZ	186
1. Blockierung eines wirksamen Wettbewerbs- schutzes durch die Rechtsprechung	186
2. Eingreifen des Gesetzgebers	188
3. § 1 UWG als Ausformung des Prinzips staatsfreier Selbstverwaltung	189
IV. MASSGEBLICHKEIT DER ANSCHAUUNGEN DER GEWERBETREIBENDEN	191
V. SUBJEKTIVES RECHT ALS SCHUTZGUT DES RECHTS GEGEN UNLAUTEREN WETTBEWERB	192
1. Die Suche nach einem individualrecht- lichen Schutzgut	192
2. Ursachen dieser Suche	193
a) Traditionelle Konzeption	193
b) Zivilrechtliches Systemdenken	194
c) Objektivierungsbestrebungen	195
3. Pragmatische Haltung des Reichsgerichts	195
VI. DIE ORDNUNGSPOLITISCHE FUNKTION DES UWG	196
§ 8 WIRTSCHAFTSPOLITISCHE EINFLÜSSE IN DER ANFANGSPHASE	200
I. KARTELLFREUNDLICHE RECHTSPRECHUNG	200
1. Generelle Zulassung der Kartelle	201
a) Rechtsprechung	201
b) Gesellschaftlicher und wirtschaft- licher Hintergrund	202

2. Organisationszwang der Kartelle und Auslegung der "guten Sitten"	203
a) Grundsätzliche Anerkennung des Organisationszwangs	203
b) Keine Entwicklung von Verbotsnormen nach §§ 138, 826 BGB, 1 UWG	204
3. Preisbindungssysteme und Außenseiterproblem	206
a) Bekämpfung der sog. Preisschleuderei	206
b) Gegenstimmen im Schrifttum	208
c) Vorläufiges Fazit	209
 II. DER HINWEIS AUF DIE AUSLÄNDEREIGENSCHAFT EINES MITBEWERBERS	 211
1. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung	211
2. Kritische Würdigung	214
 § 9 OFFENE ABKEHR VOM REINEN MITBEWERBERSCHUTZ: ANSÄTZE ZU EINER SOZIALRECHTLICHEN BE- TRACHTUNGSWEISE	 215
 I. VERBRAUCHERSCHUTZ UND SOZIALPOLITIK	 215
1. Schutz der Verbraucher in ihrer Entschluß- freiheit und geschäftlichen Unerfahrenheit	215
2. Schutz der Verbraucher gegen Gesundheits- gefahren	218
3. Das Interesse der Allgemeinheit an der Durchführung des Tarifrechts	219
 II. BEGRENZUNG VON KARTELLMACHT IM ALLGEMEIN- INTERESSE	 219
1. Erster Gegensatz von Allgemeininteresse und Kartellinteresse	220
2. Benrather Tankstellenfall	221
3. Die "Not der Zeit"	223
4. Fortdauernd positive Einstellung gegenüber Preisbindungen	225

	<u>Seite:</u>
§ 10 DER VORRANG DES ALLGEMEININTERESSES IM NATIONALSOZIALISMUS	227
I. DAS "NEUE RECHTSDENKEN"	227
1. Funktionale Ausrichtung des Rechts	227
2. Wirtschaftsrecht	228
II. DIE NEUE FUNKTION DER WETTBEWERBSRECHTLICHEN GENERALKLAUSEL	229
III. PRAKTISCHE HANDHABUNG DER GENERALKLAUSEL	231
1. Vorrang des Allgemeininteresses	231
2. Rassepolitische Wertungen	233
3. Gesundheitspolitische Wertungen	234
4. Wirtschaftspolitische Wertungen	235
a) Wettbewerbspolitischer Ausgangspunkt	235
b) Preiskampf	236
c) Werteklamme	237
aa) Anfangs grundsätzliche Zulässigkeit	237
bb) Umkehrung des Regel-Ausnahme-Ver- hältnisses im Allgemeininteresse	238
cc) Gründe für den Wandel in der Recht- sprechung	240
TEIL III § 1 UWG ALS INSTRUMENT ZUR ORDNUNG DES WETTBEWERBS	242
§ 11 DIE WETTBEWERBSREGELNDE FUNKTION DES § 1 UWG	242
I. ZUSAMMENFASSENDE ANALYSE: WIRTSCHAFTSPOLITISCHE ÖFFNUNG DER GUTEN SITTEN	242
1. Wirtschaftspolitischer Ausgangspunkt	242
2. Interdependenz von Wettbewerbsordnung und Recht gegen unlauteren Wettbewerb	242

	<u>Seite:</u>
a) Bestandsschutz	242
b) Modifizierung durch sozialrechtliche Tendenzen	244
c) Wettbewerbsschutz	245
3. Folgerungen	247
II. DAS ALLGEMEININTERESSE ALS GLEICHWERTIGER FAKTOR DER NORMBILDUNG	248
III. DAS UWG IM LICHT MODERNEN PRIVATRECHTS- VERSTÄNDNISSES	249
1. Kontrolle wirtschaftlicher Macht durch privatrechtlichen Institutionenschutz	250
2. Die Institution Wettbewerb als Schutzgut des UWG	251
3. Die Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG als Mittel zur Verwirklichung des Institutionen- schutzes	253
a) Grundsatz	253
b) Zurückweisung abweichender Deutungs- versuche	254
c) Art und Umfang der Beteiligung öffent- licher Interessen bei der Ausübung der Klagebefugnis	258
4. Objektivierung und subjektive Merkmale der Wettbewerbshandlung	262
§ 12 ALLGEMEINE LEITGEDANKEN ZUR BETEILIGUNG ÖFFENTLICHER INTERESSEN BEI DER NORMBILDUNG NACH § 1 UWG UND IHRE KONKRETISIERUNG ANHAND TYPISCHER FALLKONSTELLATIONEN	264
I. EINSCHLÄGIGE GRUNDSÄTZE RICHTERLICHER RECHTSSCHÖPFUNG	265
1. Die Ausfüllung der guten Sitten als Aufgabe des Richterrechts	265
2. Verfassungsrechtliche Wertungen	266
3. Wertungen des GWB	267

	<u>Seite:</u>
4. Die "Natur der Sache"	267
5. Richterliche Eigenwertung	268
 II. ENTWICKLUNG VON NORMEN ZUR KONTROLLE WIRTSCHAFTLICHER MACHT ALS AUFGABE DES RICHTERRECHTS	 270
1. Restriktion des Unlauterkeitsschutzes	270
2. Unlauterer Mißbrauch wirtschaftlicher Macht	272
3. Verbot reiner ökonomischer Nützlichkeits- erwägungen	279
a) Vorrang des Freiheitsschutzes	279
b) Fehlgriffe der Rechtsprechung	280
c) Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter	281
 III. STRUKTURPOLITIK ODER MACHTKONTROLLE?	 284
1. Grenzfälle	284
2. Wettbewerbsschutz durch Mittelstandsschutz bei der Beurteilung aggressiver Werbeformen	286
3. Beispiel: Verbot der Vorspannwerbung	288
4. Das Argument der Nachahmungsgefahr	290
 IV. DIE BEDEUTUNG VERFASSUNGSRECHTLICHER WERTUNGEN	 292

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

=====

- | | |
|----------------|---|
| Abromeit | Das Politische in der Werbung,
Opladen 1972 |
| Alexander-Katz | Moderne Fälle unlauteren
Wettbewerbs, 2. Aufl., Berlin
1933 |
| Antoni | Die vergleichende Werbung,
BB 1962, 1171 |
| Arndt | Umwelt und Recht: 1. Der Fall
"Blinkfuer" (Art 5 GG),
2. Die Last der Freiheit oder
Justiz und Presse, NJW 1964, 23 |
| Arzt | Die Ansicht aller billig und
gerecht Denkenden, Diss.,
Tübingen 1962 |
| Ballerstedt | Bericht des Ausschusses I, in:
Untersuchungen zur Reform des
Unternehmensrechts. Bericht der
Studienkommission des 42.
Deutschen Juristentages, Teil 1,
Tübingen 1957 (zit.: Reform-
Bericht) |
| Ders. | Handlungsunwert oder Erfolgs-
unwert im Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen?, in:
Festschrift für Böhm, Karlsruhe
1965, S. 179 |
| Bauer | Anmerkung zu BGH GRUR 1975, 75-
Wirtschaftsanzeigen, GRUR 1975,
77 |
| Baumann | Die Übernahme fremder Leistung
im Wettbewerb, WRP 1975, 693 |
| Baumbach | Die Grenzen erlaubten Wettbe-
werbs, namentlich die Preis-
unterbietung, MuW 1930, 2 |
| Ders. | Verschulden und Sittenwidrig-
keit im Wettbewerbsrecht,
JW 1930, 1643 |
| Ders. | Wen schützt das Wettbewerbs-
recht?, MuW 1931, 5 |
| Ders. | Gesetzgeberische Gedanken zum
Wettbewerbsrecht, DJZ 1931,
Sp. 58 |

- Baumbach Volkheit und vergleichende Werbung, MuW 1934, 261
- Ders. Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Aufl., Berlin 1929; 2. Aufl. (Das gesamte Wettbewerbsrecht), Berlin 1931
- Baumbach-Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I: Wettbewerbsrecht, Kommentar, 9. Aufl., München u.a. 1964; 10. Aufl., München 1971; 11. Aufl., München 1974 (zit.: Baumbach-Hefermehl, wenn Angabe der Aufl. fehlt = 11. Aufl.)
- Baur Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZHR 134 (1970), 97
- Becher Wettbewerbsrecht, Kommentar, Berlin 1928, 2. Aufl., München 1932
- Ders. Preisschleudern unter Selbstkosten als Wettbewerbsverstoß, BB 1953, 297
- Ders. Die Werbeware, NJW 1966, 1289
- Belke Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1966
- Ders. Besprechung von: Eichmann, Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis, 1968, ZHR 132 (1969), 93
- Ders. Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle 1973, Teil I, ZHR 138 (1974), 227
- Benisch Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, 421
- Bergmann Vergleichende Werbung durch wahrheitsgemäße Kritik, Diss., Mainz 1966
- Bernhard Bierlieferungsverträge und ihre Respektierung, DB 1969, 2021

- | | |
|------------------------|---|
| Borck | Anmerkung zu BGH WRP 1975, 672 -
Vorspannangebot, WRP 1975, 674 |
| Brandt | Verschenken von Originalwaren
zur Erprobung, GRUR 1955, 327 |
| Breit | Orientalische Teppichmuster
und Kunstschutz, MuW XXVI, 315 |
| Brinkmann, H.-V. | Markttransparenz und Wettbe-
werbsrecht, Göttingen 1963 |
| Ders. | Markttransparenz und ver-
gleichende Werbung, WRP 1963,
230, 268, 291 |
| Brinkmann, R. | Wirtschaftspolitik aus
nationalsozialistischem Kraft-
quell, Jena 1939 |
| Brockhaus Enzyklopädie | 9. Bd., 17. Aufl., Wiesbaden
1970, Stichwort: "Interesse" |
| Brückner | Die informierende Funktion
der Wirtschaftswerbung, Berlin
1967 |
| v. Brunn | Den Wettbewerb durch Unlauter-
keit fördern?, WRP 1964, 177 |
| Bülow | Sittenwidrigkeit der Telefon-
werbung und psychologischer
Kaufzwang, WRP 1970, 413 |
| Ders. | Psychologischer Kaufzwang -
ein Schlagwort?, GRUR 1971, 64 |
| Ders. | Der psychologische Kaufzwang -
Zugleich ein Beitrag zur Be-
stimmung des Begriffs der
guten Sitten im Wettbewerbs-
recht, Diss., Frankfurt 1972 |
| Ders. | Die Ausgestaltung der kosten-
losen Kundenbeförderung in der
Bewertung durch die Gerichte,
BB 1973, 409 |
| Ders. | Der psychologische Kaufzwang,
GRUR 1974, 254 |
| Ders. | Zur Telefonwerbung im gewerb-
lichen Bereich, GRUR 1976, 180 |
| Burchard | Die wettbewerbsrechtliche Zu-
lässigkeit des Werbegeschenkes,
GRUR 1956, 163 |

- Burmann Strukturwandel des Werbe- und Wettbewerbsrechts - Die Relationen: Öffentliches Interesse - Allgemeinheits- u. Verbraucherinteresse - WRP 1967, 71
- Ders. Wettbewerb als sinnvariabler Rechts- und Wirtschaftsbegriff - Entwicklungstendenzen des Wettbewerbsrechts - Wettbewerbsrecht als Funktionsrecht, WRP 1967, 240
- Ders. Marktbezogene Unlauterkeit als eigenständiger Tatbestand - Das Problem einer marktbezogenen Unlauterkeit, WRP 1967, 385
- Ders. Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz - Die Entwicklung vom Persönlichkeitsrecht zum Funktionsrecht im Wettbewerb -, WRP 1968, 258
- Ders. Zum Problem der Sittenwidrigkeit im Wettbewerb, WRP 1972, 511
- Ders. Zur Problematik eines werberechtlichen Verbraucherschutzes, WRP 1973, 313
- Ders. Werberecht - Entwicklung zu einer neuen Rechtsdisziplin?, WRP 1974, 596
- Bußmann Anmerkung zu BGH GRUR 57, 606 - Heilmittelvertrieb, GRUR 1957, 609
- Ders. Anmerkung zu BVerfGE 24, 236 = GRUR 1969, 137 - Aktion Rumpelkammer, GRUR 1969, 140
- Bußmann - Pietzcker - Kleine Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., Berlin 1962
- Callmann Unlauterer Wettbewerb zum Wohl der Allgemeinheit?, MuW XXVII, 378

- Callmann Kartellgericht und Reichsgericht in ihrer Stellung zum unlauteren Wettbewerb, insbesondere zu der Frage der Preisbindung von Markenartikeln, KartR 1927, 547
- Ders. Überspannung des Wettbewerbsgedankens, GRUR 1928, 102
- Ders. Kampfpreise, MuW 1929, 570
- Ders. Außenseiter und Kampfpreise, JW 1930, 1647
- Ders. Der unlautere Wettbewerb, Kommentar zum UWG, Mannheim u.a. 1929, 2. Aufl., Mannheim 1932
- Daffis Wandlungen im Wettbewerbsrecht, GRUR 1931, 801
- Denninger Polizei und demokratische Politik, JZ 1970, 145
- Dense Die rechtliche Problematik der Anzeigenblätter, Diss., Münster 1974
- Dernberg Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl., 2. Bd., 2. Abt., Halle 1906
- Dichtl Zur Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, in: Dichtl (Hrsg.), Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Berlin 1975, 23
- Döll Die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen, BB 1965, 173
- Dörinkel Leistungswettbewerb - Rechtsbegriff oder Schlagwort?, DB 1967, 1883
- Donig Unlauterer Wettbewerb, Kommentar zum UWG, Berlin 1933
- Dornheim Patriotismus der eigenen Tasche, MuW 1932, 291
- Droste, H. Zur Entwicklung und zum gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung, in: Festschrift für Hefermehl, Heidelberg 1973, S. 27

- Droste, K. Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richterrecht, DB 1963, 719
- Ders. Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb, WRP 1964, 65
- Ders. Zum Begriff des Sittenwidrigen im Wettbewerb, WRP 1965, 35
- Ders. Die Umfrage als notwendige Erkenntnisquelle unlauteren Wettbewerbs, WRP 1966, 323
- Duden u.a. (Hrsg.) Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, Karlsruhe 1972
- Dürig Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs "Öffentliches Interesse", Diss., München 1949
- Dütz Funktionswandel des Richters im Zivilprozeß?, ZZP 1974, 361
- Dunz Anmerkung zu BGHZ 19, 392 = NJW 1956, 588, NJW 1956, 1318
- Ebsen Gesetzesbindung und "Richtigkeit" der Entscheidung, Berlin 1974
- Eger Das Reichsgericht und die Kartelle, in: Festgabe zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts, IV. Bd.: Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 231
- Eichmann Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis, Berlin u.a. 1968
- Ders. Die Beurteilung neuer Werbemethoden durch die Rechtsprechung, in: Mitarbeiterfestschrift für Ulmer, Köln u.a. 1973 S. 287
- Elster Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kurzer Komm. für Praxis und Studium, 9. Aufl., Berlin u.a. 1932 (zit.: Kurzkomentar)
- Ders. Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb, KartR 1932, 77

- Elster Die Wettbewerbsordnung als
schutzfähiges Rechtsgut,
KartR 1934, 375
- Ders. Werbung für deutsche Waren im
Wettbewerb mit ausländischen
Erzeugnissen, KartR 1935, 315
- Ders. Der Wissenschaftscharakter des
Wettbewerbsrechts als Grundlage
erfolgreicher Anwendung, ZAKDR
1935, 614
- Ders. Wettbewerbsrecht, Berlin 1941
- Emmerich Das Wirtschaftsrecht der öffent-
lichen Unternehmen, Bad Hom-
burg v.d.H. u.a. 1969
- Ders. Wettbewerbsrecht, Eine Ein-
führung, München 1975
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse,
15. Aufl., Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts, 2. Halbband,
15. Aufl., Tübingen 1960
- Esser Grundsatz und Norm in der
richterlichen Fortbildung des
Privatrechts, 2. Aufl., Tübin-
gen 1964
- Ders. Werte und Wertewandel in der
Gesetzesanwendung des Zivil-
rechts, in: Esser/Stein, Werte
und Wertewandel in der Ge-
setzesanwendung, Frankfurt
1966, S. 5
- Ders. Vorverständnis und Methoden-
wahl in der Rechtsfindung,
Frankfurt/M. 1970
- Ders. § 138 BGB und die Bankpraxis der
Globalzession, ZHR 135 (1971),
320
- Ders. Möglichkeiten und Grenzen des
dogmatischen Denkens im mo-
dernen Zivilrecht, AcP 172
(1972), 97
- Ders. Dogmatik zwischen Theorie und
Praxis, in: Festschrift für
Raiser, Tübingen 1974, S. 517

- Fezer Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Einsatzes von Industrieverkäufern im Einzelhandel, BB 1971, 806
- Ders. Anmerkung zu BGH NJW 1976, 51 = WRP 1975, 672 = BB 1975, 1498, BB 1975, 1500
- Ders. Die Grenzen des Selbstbedienungsgroßhandels im Leistungswettbewerb, BB 1976, 705
- Fikentscher Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht, in: Festschrift für Hallstein, Frankfurt 1966, S. 127
- Ders. Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München u.a. 1958
- Ders. Vertrag und wirtschaftliche Macht, in: Festschrift für Hefermehl, Heidelberg 1973, S. 41
- Ders. Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin u.a. 1973
- Finger Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl., Berlin 1911
- Fluhme, E. Preisunterbietung bei Markenartikeln nach deutschem und ausländischem Recht, KartR 1927, 451
- Flume, W. Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift DJT, Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 135
- Fuld Die Anwendung des Wettbewerbsgesetzes während des Krieges, MuW XV, 162
- Freitag Der Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur, Diss., Göttingen 1968

Giesel	Unternehmenswachstum und Wettbewerb, Baden-Baden 1975
Gilles	Der sog. Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Umsatz- und Dienstleistungsgeschäften als rechtspolitisches und methodisches Problem, JZ 1975, 305
Girth Sack	Die Werbung mit der Inflation, WRP 1974, 181
Gleiss	Das Ende der vertikalen Preisbindung?, NJW 1961, 2100
v. Godin	Über den Verstoß gegen die wettbewerbsrechtlichen guten Sitten, GRUR 1966, 127
Ders.	Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Berlin, New York 1974
v. Godin - Hoth	Wettbewerbsrecht, Berlin 1957
Göldner	Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969
Goldbaum	Unlauterer Wettbewerb zum Wohl der Allgemeinheit, LZ 1927, 723
Ders.	Der neue Formalismus der Rechtsprechung über den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1927, 781
Ders.	Preissenkung und unlauterer Wettbewerb, MuW 1930, 505
Ders.	"Die Not der Zeit", GRUR 1931, 1053
Gotthold	Kritische Anmerkungen zum heutigen neoliberalen Konzept von Wettbewerbsfreiheit und Fusionsverbot. Zugleich eine Besprechung der Schrift "Fusionskontrolle" von Erich Hoppmann, Tübingen 1972, WRP 1974, 602
Greifelt	Zur Kritik an der höchst-richterlichen Rechtsprechung in Wettbewerbssachen, DW 1968, 47

- | | |
|--|--|
| Grimm | Recht und Politik, JuS 1969, 501 |
| Großfeld | Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968 |
| Grüber | Zur Anwendbarkeit der Soziologie in der Jurisprudenz, JZ 1974, 665 |
| Gütebier | Der Leistungsgrundsatz im Wettbewerbsrecht, JW 1934, 1091 |
| Habermas | Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied 1962 |
| Ders. | Erkenntnis und Interesse, in: Werturteilstreit, hrsg. von H. Albert und E. Topitsch, Darmstadt 1971, S. 334 |
| Hadding | Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 I UWG im System des Zivilprozeßrechts, JZ 1970, 305 |
| Häberle | Grenzen aktiver Glaubensfreiheit - Zur Lumpensammlerentscheidung des BVerfG v. 16.10.1968 (BVerfGE 24, 236 ff), DÖV 1969, 385 |
| Ders. | Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg v.d.H. 1970 |
| Ders. | Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. Aufl., Karlsruhe 1972 |
| Hamm | Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, WuW 1975, 115 |
| Hammer | Die unentgeltliche Vergabe von Originalwaren, Diss., Mainz 1970 |
| Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HDSW) | Stuttgart u.a. 1956 - 1965, Stichwort: Wettbewerb II (29ff), Bearb.: Röpke, Stichwort: Wettbewerb III (36ff), Bearb.: Machlup, Stichwort: Wirtschaftspolitik (210 ff), Bearb.: Karl Schiller |

- V. Harder Zum Unwerturteil der Werbungs-
übersteigerung, GRUR 1962, 439
- Harmsen Anmerkung zu BGH GRUR 1969, 283
- Schornsteinauskleidung, GRUR
1969, 286
- Hartmann Zulässigkeit vergleichender
Werbung, NJW 1963, 517
- Hecht Wettbewerbsrecht und neues
Warenzeichenrecht, 1.-3. Aufl.,
Leipzig 1937
- Heck Gesetzesauslegung und Interes-
senjurisprudenz, AcP 112 (1914),
1; zit. nach einer Neuaufl.
von Werken Hecks (Hrsg. Du-
bischar), Bad Homburg v.d.H.
u.a. 1968, S. 46
- Ders. Begriffsbildung und Interessen-
jurisprudenz, Tübingen 1932
- Ders. Das Problem der Rechtsge-
winnung, 2. Aufl., Tübingen 1932
- Ders. Die Interessenjurisprudenz und
ihre neuen Gegner, AcP 142
(1936), 129
- Hedemann Reichsgericht und Wirtschafts-
recht, Jena 1929
- Ders. Die Flucht in die Generalklau-
seln - Eine Gefahr für Recht
und Staat, Tübingen 1933
- Ders. Deutsches Wirtschaftsrecht,
Berlin 1939
- Hefermehl Der Anwendungsbereich des Wett-
bewerbsrechts, Festschrift
für Nipperdey, München u.a.
1955, S. 283
- Ders. Anmerkung zu BGHZ 51, 236 =
GRUR 1969, 287 - Stuttgarter
Wochenblatt I, GRUR 1969, 291
- Ders. Verbot irreführender Werbung,
Festschrift für Wilde, München
1970, S. 41
- Ders. Werbung mit Vorspannangeboten,
in: Festschrift für Heydt = GRUR
1974, 489, GRUR 1974, 542

Heintz	Feststellung der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG, NJW 1952, 1005
Henke	Verbesserter Schutz gegen Verkäufe unter Selbstkosten?, WRP 1969, 172
Henkel	Einführung in die Rechtsphilosophie, München u.a. 1964
Herber	Leistungswettbewerb und Preisunterbietung, Diss., Köln 1956
Herzog	Allgemeine Staatslehre, Frankfurt a.M. 1971
Hesse	Grundzüge des Verfassungsrechts, Karlsruhe 1967
Heymann	Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts, Marburg 1921
Hieronimi	Wirtschafts- und strukturpolitische Aspekte der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, WRP 1975, 753
Hinz	Die "Gemeinsame Erklärung" der Wirtschaftsorganisationen zur Sicherung des Leistungswettbewerbs - eine Selbsthilfeaktion, WRP 1976, 4
v. Hippel	Grundfragen des Verbraucherschutzes, JZ 1972, 417
Ders.	Verbraucherschutz, Tübingen 1974
Hirsch, E.E.	Rezension von: Festschrift für Raiser, Tübingen 1974, AcP 176 (1976), 356
Hirsch-Weber	Politik als Interessenkonflikt, Stuttgart 1969
Hoepffner	Anmerkung zu BGH GRUR 1966, 45, GRUR 1966, 47
Hoffmann	Der Einzelne und die Allgemeinheit im Urheberrecht und im gewerblichen Rechtsschutz, JW 1936, 153

- Hofmann Kostenloser Kundentransport
und psychologischer Kaufzwang,
WRP 1970, 290
- Ders. Die Akzessorietät der Zugabe,
Festschrift für Hefermehl,
Berlin 1973, S. 161
- Hoppmann Zum Schutzobjekt des GWB, in:
Wettbewerb als Aufgabe, Bad
Homburg v.d.H. 1968, S. 61
- Ders. Rezension von: Kartte, Ein
neues Leitbild für die Wettbe-
werbspolitik, Köln u.a. 1969,
ZHR 134 (1970), 277
- Hoth Übertriebenes Anlocken, in:
Festschrift für Heydt =
GRUR 1974, 489, GRUR 1974, 547
- Ders. Kopplungs- und Vorspannangebot,
GRUR 1976, 219
- Huber Der Begriff des Interesses
in den Sozialwissenschaften,
Winterthur 1958
- Hubmann Grundsätze der Interessenab-
wägung, AcP 155 (1956), 85
- Ders. Gewerblicher Rechtsschutz,
3. Aufl., München 1974
- Ders. Die sklavische Nachahmung,
GRUR 1975, 230
- Hüssener Kartellgericht und Preisschleu-
dereibekämpfung, GRUR 1927,
447
- Ders. Anmerkung zu KG GRUR 1930, 1053,
GRUR 1930, 1056
- Hunold Verkaufswettbewerbe im Handel
nach Zugabe VO und UWG, Diss.,
Frankfurt 1966
- Illert Der Preisvergleich mit em-
pfohlenen Endverbraucherpreisen,
Köln u.a. 1965
- Isay, H. Das Rechtsgut des Wettbewerbs-
rechts, Berlin u. Frankfurt
1933

- | | |
|---------------------|--|
| Isay, R. | Diskussionbeitrag zu dem Vortrag von Nietzold: Registergericht undgewerblicher Rechtsschutz (gehalten am 18.11.1926 vor dem Deutschen Verein für den Schutz des gewerbl. Eigentums), GRUR 1927, 56 |
| Ders. | Preisbindung bei Markenartikeln, GRUR 1927, 166 = KartR 1927, 98 |
| Ders. | Formalismus in der Rechtsprechung über unlauteren Wettbewerb, GRUR 1927, 863 |
| Isay - Tschierschky | Kartellverordnung, Mannheim u.a. 1925 |
| Jäger | Das gemeine Wohl als Rechtsgut des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Diss., Heidelberg 1935 |
| Jörg | Die vergleichende Werbung unter besonderer Berücksichtigung des Grundgesetzes und der Marktwirtschaft, Diss., Freiburg 1966 |
| Joerges | Die klassische Konzeption des internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, RabelsZ 1972, 421 |
| Joetze | Die sogenannte Superlativ-reklame in der Dogmatik des Werberechts, Berlin 1961 |
| Jürgens | Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, VerwArch 1962, 105 |
| Jungbäck | Die vergleichende Werbung als Problem der Wettbewerbsordnung, Bad Homburg v.d.H. u.a., 1970 |
| Kaiser, F. | Sittenwidriges Unterbieten, MuW 1930, 390 |
| Kallfaß | Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz, Frankfurt a.M. 1972 |
| Kantzenbach | Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1970 |

Kartte	Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis Industrie / Handel, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1974/75, Köln u.a. 1976, S. 1
Ders.	Der Schutz des Leistungswettbewerbs im Kartellrecht, WRP 1976, 1
Katz	Sozialismus und Kapitalismus im gewerblichen Rechtsschutz, MuW XXVI, 63
Katzenberger	Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb, München 1967
Kazmeyer	Rechtslage der Verbraucher- und Handelsempfehlungen, in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, Köln u.a. 1974, S. 99
Ders.	Zur Ordnungswidrigkeit von Preisempfehlungen, BB 1976, 941
Kellermann	Wettbewerbsbeschränkung durch Wettbewerbsregeln, WuW 1965, 551
Kestner	Der Organisationszwang, Berlin 1912
Keynes	Das Ende des laissez-faire, München 1926
Kirchberger	Grenzfälle des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1927, 82
Ders.	Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, Berlin 1931
Kisseler	Sünden wider den Leistungswettbewerb, WRP 1975, 701
Klauer-Seydel	Das Zugabewesen, 3. Aufl., Berlin u.a. 1954
Klein	Zum Begriff des öffentlichen Interesses, Diss., Münster 1969
Knieper	Motivunabhängige Klagebefugnis der Verbraucherverbände gemäß § 13 Abs. 1 a UWG, NJW 1971, 2251

- Knöpfle Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln u.a. 1966
- Knopp Institutionenschutz im Privatrecht, Heidelberg 1967
- Ders. Anmerkung zu BGH GRUR 1964, 320 = NJW 1964, 917 - Maggi, GRUR 1964, 324
- Ders. Anmerkung zu BGHZ 45, 115 = GRUR 1966, 327 - Richtpreiswerbung I, GRUR 1966, 337
- Ders. Anmerkung zu BGH GRUR 1968, 443 = BGHZ 49, 325 - "40 % können Sie sparen", GRUR 1968, 446
- Ders. Anmerkung zu BGH GRUR 1970, 422 - Tauchkühler, GRUR 1970, 424
- Ders. Anmerkung zu BGH GRUR 1971, 162 = NJW 1971, 190 = WRP 1971, 29 - Kfz.-Diagnose, GRUR 1971, 163
- Ders. Rezension von: Ulmer (Hrsg.) - Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG, Bd. III: Deutschland, München u.a. 1968, ZHR 134 (1970), 151
- Koch Schadenersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen nach deutschem und europäischem Recht, Essen 1967
- v. Köller Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, Berlin 1971
- Koenigs Wechselwirkungen zwischen GWB und UWG, NJW 1961, 1041
- Ders. Schutz der Preisbindung gegen Unterbietung durch Außenseiter, JuS 1965, 384
- Kötz Klagen Privater im öffentlichen Interesse, in: Hamburger/Kötz, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, Frankfurt a.M. 1975, S. 69

- Kohler Das Recht des Markenschutzes,
Würzburg 1884
- Ders. Der unlautere Wettbewerb,
Berlin u.a. 1914
- Koller Der Gleichheitsmaßstab im
Diskriminierungsverbot, Stutt-
gart 1972
- Kraft Interessenabwägung und gute
Sitten im Wettbewerbsrecht,
München u.a. 1963
- Ders. Die Berücksichtigung wirt-
schaftspolitischer und ge-
sellschaftspolitischer Belange
im Rahmen des § 1 UWG, Fest-
schrift für Bartholomeyczik,
Berlin 1973, S. 223
- Ders. Unlauterer Wettbewerb durch
Werbung mit der Preiswürdig-
keit, WRP 1975, 83
- Kramer Die vergleichende Werbung im
österreichischen Wettbewerbs-
recht, GRUR Int. 1974, 195
- Krasser Der Schutz vertraglicher
Rechte gegen Eingriffe Dritter,
Köln u.a. 1971
- Ders. Der Schutz von Preis- und Ver-
triebsbindungen gegenüber
Außenseibern, Köln u.a. 1972
- Ders. Rezension von: Jungbäck, Die
vergleichende Werbung als Prob-
lem der Wettbewerbsordnung,
Bad Homburg v.d.H. 1970, ZHR
136 (1972), 454
- Kriele Theorie der Rechtsgewinnung,
Berlin 1967
- Kroitzsch Die Wettbewerbsregeln in kar-
tell- und wettbewerbsrecht-
licher Sicht, GRUR 1965, 12
- Kroll Die deutsche Wirtschaftspolitik
in der Weltwirtschaftskrise,
in: Moderne deutsche Wirt-
schaftsgeschichte, hrsg. von
Karl Erich Born, Köln u.a.
1966, S. 398
- Krüger-Nieland Persönlichkeitsschutz im Wett-
bewerbsrecht, Festschrift für
Heydt = GRUR 1974, 489, GRUR
1974, 561

- Kübler Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 327, Tübingen 1966
- Ders. Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645
- Ders. Privatrecht und Demokratie, in: Festschrift für Raiser, Tübingen 1974, S. 697
- Kübler-Simitis Presse und Wettbewerb, JZ 1969, 445
- Kull Anmerkung zu BGHZ 51, 236 = JZ 1969, 792 - Stuttgarter Wochenblatt, JZ 1969, 796
- Kummer Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Grundsätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960
- Kunze Der Behinderungswettbewerb, Diss., Heidelberg 1965
- Lachmann Anmerkung zu BGH BB 1976, 242 - Ski-Sicherheitsbindungen, BB 1976, 245
- Larenz Rezension von: Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933, ZHR 100 (1934), 378
- Ders. Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S. 275
- Ders. Grundsätzliches zu § 138 BGB, JurJB 1966/67, 98
- Ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin u.a. 1969; 3. Aufl., Berlin u.a. 1975
- Layer Prinzipien des Enteignungsrechtes, Leipzig 1902
- Leenen Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971

- Lehmann, H. Handel und Gewerbe, 2. Aufl.,
Berlin 1942
- Lehmann, M. Wirtschaftspolitische Kriterien
in § 1 UWG, Mitarbeiterfest-
schrift für Ulmer, Köln u.a.
1973, S. 321
- Ders. Die Werbung mit Geschenken,
München 1974
- Ders. Sales- promotion und unlauterer
Wettbewerb. Verbraucherschutz
und Sales-promotion, GRUR 1974,
689
- Ders. Die "neue Sachlichkeit" des BGH
im Wettbewerbsrecht, GRUR
1975, 239
- Lehnich Kartelle und Staat, Berlin 1928
- Leisner Grundrechte und Privatrecht,
München 1960
- Ders. Von der Verfassungsmäßigkeit
der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit
der Verfassung, Tübingen 1964
- Ders. Privatinteressen als öffent-
liches Interesse, DÖV 1970, 217
- Leo Das Verbot der vergleichenden
Werbung, WRP 1960, 293
- Lerche Werbung und Verfassung,
München 1967
- Leßmann Die öffentlichen Aufgaben und
Funktionen privatrechtlicher
Wirtschaftsverbände, Köln u.a.
1976
- Lindacher Grundfragen des Wettbewerbs-
rechts, BB 1975, 1311
- Ders. Anmerkung zu LG Trier NJW 1976,
755, NJW 1976, 755
- Lobe Die Bekämpfung des unlauteren
Wettbewerbs, Band I: Der un-
lautere Wettbewerb als Rechts-
verletzung nach dem Bürger-
lichen Gesetzbuch und den Neben-
gesetzen, Leipzig 1907 (zit.:
Lobe I), Band III: Materialien
des Gesetzes zur Bekämpfung des
unlauteren Wettbewerbes vom
27. Mai 1896, Leipzig 1907
(zit.: Lobe III)

Lobe	Unterlassungsanspruch und Strafgesetz, GRUR 1917, 15
Ders.	Die Entwicklung des Schutzes gegen den unlauteren Wettbe- werb nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, GRUR 1931, 1215
Ders.	Die Entwicklung des Werbe- rechts, GRUR 1936, 209
Löhr, H.D.	Anmerkung zu OLG Frankfurt WRP 1975, 367, WRP 1975, 370
Ders.	Nochmals "Eintrittsgelder", BB 1976, 247
Löhr, M.	Boykottaufruf und Recht auf freie Meinungsäußerung, WRP 1975, 581
Loewenheim	"Eintrittsgelder" und Sitten- widrigkeit, GRUR 1976, 224
Ders.	Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz, GRUR 1975, 99
Luchterhandt	Die Rechtsprechung zur Sitten- widrigkeit der unmittelbaren Ausnutzung fremder Leistung, GRUR 1969, 581
Luhmann	Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, Berlin 1966
Ders.	Grundrechte als Institution, 2. Aufl., Berlin 1974
Lukes	Zum Verständnis des Wettbe- werbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Festschrift für Böhm, Karlsruhe 1965, S. 199
Lukes / Vollmer / Jantke	Herstellereigenes Verkaufs- personal in Einzelhandelsge- schäften - Verstoß gegen Zu- gaberecht und UWG, DB 1971, Beil. 17, S. 1

Markert	Eine Stellungnahme des BKartA zur vergleichenden Werbung, NJW 1963, 1525
Martens	Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H. u.a. 1969
Max	Sittenverstoß bei Ausnutzung nicht geschützter gewerblicher Leistungen, Diss., Göttingen 1975
Mayer, O.	Die concurrence déloyale. Ein Beitrag aus dem französischen Rechte zur Lehre vom geistigen Eigentum, ZHR 26 (1881), 363
Mayer-Maly	Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, Karlsruhe 1971
Mennicken	Die Ziele der Gesetzesauslegung, Bad Homburg v.d.H. u.a. 1970
Merk	Der Gedanke des gemeinen Besten in der deutschen Staats- und Rechtsentwicklung, in: Festschrift für Schultze, Weimar 1934, S. 451
Merkel	Der Außenseiter einer lückenlosen Preisbindung und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1961, 1751
Ders.	Außenseiter und Preisbindung, NJW 1962, 1545
Ders.	Die Bekämpfung unzulässiger Preisunterbietungen, Köln u.a. 1962
Mertens	Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB, AcP 174 (1974), 333

- Mertens Kollektivrechtlicher Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes, ZHR 139 (1975), 438
- Merz Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, Festschrift für Böhm, Karlsruhe 1965, S. 227
- Mestmäcker Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441
- Ders. Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), 235
- Ders. Pressefreiheit im Lichte des Wettbewerbsrechts, JurJB 1969/70 102
- Meydam Sozialrechtliche Tatbestände und Wettbewerbsrecht. - Eine kritische Betrachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur sog. gefühlsbetonten Werbung, GRUR 1970, 399
- Meyer, H. Sozialismus und Kapitalismus im gewerbl. Rechtsschutz, MuW XXVI, 136
- Meyer-Cording Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechtes, JZ 1964, 273, 310
- Mletzko Der wirtschaftliche System- und Fortschrittsvergleich und das UWG, Diss., Frankfurt/M. 1968
- Möhring Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387, 493
- Möschel Das Wirtschaftsrecht der Banken, Frankfurt 1972
- Ders. 70 Jahre deutsche Kartellpolitik, Tübingen 1972
- Mühl Der Schutz mittelständischer Unternehmen aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher und wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Sicht, Festschrift für Hefermehl, Berlin 1973, S. 289

Müller-Erbach	Wohin führt die Interessenjurisprudenz?, Tübingen 1932
Müller-Henneberg/Schwartz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., Köln u.a. 1973
Münch, Ingo	Der Vertrieb sogenannter branchenfremder Angebote in verfassungsrechtlicher Sicht, WRP 1977, 533
Münzberg	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt a.M. 1966
Mugdan	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899
Nastelski	Unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Revision, GRUR 1968, 545
Ders.	Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GRUR 1969, 322
von Nell-Breuning	Kritisches zum Begriff "Wettbewerbsordnung", WuW 1952, 371
Nerretter	Die Volkszugehörigkeit im Wettbewerb, GRUR 1933, 747
Ders.	Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechtes, Berlin 1936
Ders.	Ungewöhnliche Vorteilsgewährung in Werbung und Absatz, GRUR 1939, 98
Nettesheim	Öffentliche Kritik eines Verbrauchers an mangelhaften Waren, BB 1976, 18
Nipperdey	Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930 = KartR 1930, 127
Nordemann	Der verständige Durchschnittsgewerbetreibende. Zum Begriff der "guten Sitten" in § 1 UWG, GRUR 1975, 625

Ohlgart	Sales - promotion und unlauterer Wettbewerb, GRUR 1974, 693
Osterrieth	Lehrbuch des Gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908
Ders.	Zwanglose Betrachtungen über § 1 des neuen Wettbewerbsgesetzes, GRUR 1909, 399
Ott	Systemwandel im Wettbewerbsrecht. Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik, Festschrift für Raiser, Tübingen 1974, 403
Pastor	Verbraucherverbände i.S.d. § 13 I a UWG, GRUR 1969, 571
Paul	Vorrechte der Preisbinder?, NJW 1964, 129
Pawlowski	Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral, ARSP 1964, 503
Pehle	Wandlungen in der Beurteilung des wahrheitsgemäßen kritischen Werbevergleichs, Festschrift für Wilde, München 1970, S. 163
Pinner	Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Berlin 1903
Pinzger	Preisschleudern und gute Sitten, KartR 1928, 345
Platzmann, J.	Wettbewerbspolitisches Leitbild, Freiheitsschutz und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1970, 779
Platzmann, N.	Die Vorrechte der Preisbinder, NJW 1963, 2097
Ders.	Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, JZ 1968, 81
Pleyer	Einflüsse der Wirtschaftsordnung auf die Rechtsfindung, - Wirtschaftl. Betrachtungen zu Zivilurteilen aus beiden Teilen Deutschlands -, Berliner Festschrift für E. Hirsch, Berlin 1968, S. 127

Prölss	Der Einwand der "unclean hands" im Bürgerlichen Recht sowie im Wettbewerbs- u. Warenzeichenrecht, ZHR 132 (1969), 35
Rädbruch	Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift für Laun, Hamburg 1948, S. 157
Raiser	Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1
Ders.	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Festschrift DJT, Karlsruhe 1960, S. 101
Ders.	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465
Ders.	Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: <i>summum ius summa iniuria</i> , Tübingen 1963, S. 145
Ders.	Antinomien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Festschrift für Fechner, Tübingen 1973, S. 57
Ders.	Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int. 1973, 443
Rasch	Ungehöriger und unerwünschter Wettbewerb, KartR 1937, 114
Ders.	Preisstellung unter Selbstkosten, WuW 1953, 387
Raser Schiedermaier	Preisbindung und geltendes Recht, NJW 1963, 85
Reich	Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187
Reich Tonner	Neue Tendenzen im Verbraucherschutz gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) (I), DB 1974, 1146
Reich Wegener	Verbraucherschutz und Wettbewerb - BGH NJW 1973, 1371 und 1974, 140, JuS 1974, 561

- Reimann Wettbewerb und "gute Sitten",
WuW 1957, 621
- Reimer, D. Die Gratislieferung nach
deutschem Recht, GRUR Int. 1958,
159
- Ders. Lockvogelwerbung und Sonder-
angebote, Festschrift für Heydt
= GRUR 1974, 489, GRUR 1974,
568
- Reimer, E. Volksverbundenes Wettbewerbs-
recht, MuW 1933, 544
- Ders. Wettbewerbs- und Warenzeichen-
recht, 1. Aufl. (2 Bde.), Ber-
lin 1933/1935; 3. Aufl., Köln
u.a. 1954; 4. Aufl., bearb. von
v. Gamm, Köln u.a. 1972 (zit.:
Reimer-v. Gamm)
- Reinhardt Unterbieten als Problem des
Wettbewerbs- und Kartellrechts,
MuW 1930, 468
- Ders. Privates Unternehmen und
öffentliches Interesse, Fest-
schrift für Hueck, München u.a.
1959, S. 439
- Rheinfels Wann ist Preisschleuderei
sittenwidrig?, WuW 1956, 785
- Ders. Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, III. Wettbewerbs-
regeln, DB 1957, 813
- Rieger Das Problem der Güterabwägung
bei der Anwendung des Kartell-
verbotes - Zugleich ein Beitrag
zur Lehre von der Restriktion,
Diss., Frankfurt a.M. 1967
- Rinck, G. Gute Sitten im Wettbewerb,
Festschrift für das OLG Celle,
Göttingen 1961, S. 151
- Ders. Die Markttransparenz, BB 1962,
105
- Ders. Organisation und Auswertung von
Warentests, BB 1963, 1027
- Rinck, H.J. Gleichheitssatz, Willkürverbot
und Natur der Sache, JZ 1963,
521

- | | |
|----------------------|--|
| Rödding | Scheinargumente im Wettbewerbsrecht, DB 1969, 1877 |
| Röhl | Rezension von: Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt 1971, AcP 172 (1972), 555 |
| Röper | Der wirtschaftliche Hintergrund der Kartell-Legalisierung durch das RG 1897, Ordo III (1950), 239 |
| Röpke | Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, Erlenbach - Zürich 1942 |
| Rosenberg | Große Depression und Bismarckzeit, Berlin 1967 |
| Rosenthal | Reverssystem und Außenseiter, GRUR 1927, 786 |
| Ders. | Wettbewerbsgesetz, Kommentar, 6. Aufl., Berlin 1927; 7. Aufl., Berlin 1928; 8. Aufl., Berlin 1930; 9. Aufl. (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), bearb. v. Leffmann, Berlin u.a. 1969 |
| Rudloff
Blochwitz | Das Recht des Wettbewerbs, Berlin 1938 |
| Rüthers | Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968 |
| Runge | Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien (Entgegnung), NJW 1961, 1757 |
| Rupp, H.H. | Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen - Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Berlin 1968, S. 116 |
| Ders. | Verfassungsrecht und Kartelle, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg v.d.H. 1968, S. 187 |
| Ders. | Popularklage im Umweltschutzrecht?, ZRP 1972, 32 |

- Rupp, H.H. Grundgesetz und "Wirtschafts-
verfassung", Tübingen 1974
- Ryffel Öffentliche Interessen und
Gemeinwohl - Reflexionen über
Inhalt und Funktion, in: Wohl
der Allgemeinheit und Öffent-
liche Interessen, Berlin 1968,
S. 13
- Sack Sittenwidrigkeit, Sozialwidrig-
keit und Interessenabwägung,
GRUR 1970, 493
- Ders. Schützt § 1 GWB nur den
schützenswerten Wettbewerb?,
WuW 1970, 395
- Ders. § 1 UWG und Wirtschaftspolitik,
WRP 1974, 247
- Ders. Produzentenhaftung nach § 823
Abs. 2 BGB in Verbindung mit
§ 3 UWG?, BB 1974, 1369
- Ders. Lauterer und Leistungsge-
rechter Wettbewerb durch Wett-
bewerbsregeln, GRUR 1975, 297
- Ders. Zur Zulässigkeit von Vorspann-
angeboten, WRP 1975, 65
- Ders. Wettbewerbsverzerrungen durch
"Anzapfen", WRP 1975, 261
- Ders. Zur sachlichen Rechtfertigung
von Preis-, Rabatt- und
Konditionendiskriminierungen,
WRP 1975, 385
- Ders. Deliktsrechtlicher Schutz
gegen unlauteren Wettbewerb,
NJW 1975, 1303
- Säcker Zielkonflikte und Koordinations-
probleme im deutschen und euro-
päischen Kartellrecht, Düssel-
dorf 1971
- Samwer Verbraucherschutz und Wettbe-
werbsrecht, GRUR 1969, 326
- Sandrock Grundbegriffe des Gesetzes
gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
München 1968

- Sauter Der Begriff "Wettbewerb" im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Mainz 1963
- Schaefer Gemeinwohl und öffentliche Interessen im Recht der globalen Wirtschafts- und Finanzplanung, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Berlin 1968, S. 92
- Scherer Empfiehlt sich ein allgemeiner Rechtsschutz gegen unlauteren Wettbewerb?, in: Verhandlungen des 23. DJT, Berlin 1895, S.226
- Schibel Anmerkung zu BGH - Markenbenzin, BB 1965, 967
- Schluep Vom lauterer zum freien Wettbewerb, GRUR Int. 1973, 446
- Schlüter Das Obiter dictum, München 1973
- Schmeding Kopplungsangebote als Mittel der Wertreklame, WRP 1974, 305
- Schmidbauer Allokation, technischer Fortschritt und Wettbewerbspolitik, Tübingen 1974
- Schmidt US - amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973
- Schmidt-George Der Einfluß des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf die Bestimmung der guten Sitten im Wettbewerb, Diss., Frankfurt 1969
- Schmidt-Syaßen Zur Wechselwirkung von Wirtschaftsrecht und bürgerlichem Recht bei der Konkretisierung von freiheitsbeschränkenden Generalklauseln, Diss., Bonn 1973
- Schmiedel Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht, Tübingen 1974
- Schmitt, C. Neue Leitsätze für die Rechtspraxis, JW 1933, 2793

- Schmitt, C. Nationalsozialismus und
Rechtsstaat, JW 1934, 713
- Schmitt Glaeser Anzeigenblatt und Pressefrei-
heit, NJW 1971, 2012
- Schmoller Grundriß der Allgemeinen
Volkswirtschaftslehre, 2. Teil,
München u.a. 1919
- Schmude Verbraucherschutz und Ver-
tragsfreiheit, Festschrift
für Ballerstedt, Berlin 1975,
481
- Schneider Der Begriff des Verbrauchers
im Recht, BB 1974, 764
- Scholz Wettbewerbsrecht und öffent-
liche Hand, ZHR 132 (1969), 97
- Ders. Wirtschaftsaufsicht und sub-
jektiver Konkurrentenschutz,
Berlin 1971
- Ders. Rezension von: Wolf, Die Klage-
befugnis der Verbände, Tübün-
gen 1971, ZHR 137 (1973), 266
- Schrauder Wettbewerbsverstöße als Ein-
griffe in das Recht am Gewerbe-
betrieb, Bielefeld 1970
- Schricker Schutz des Allgemeininteresses
im Markenrecht und Koexistenz
verwechselbarer Marken ver-
schiedener Inhaber, GRUR 1967,
634
- Ders. Gesetzesverletzung und Sitten-
verstoß, München 1970
- Ders. Unlauterer Wettbewerb durch
Verletzung straf- und ver-
waltungsrechtlicher Vor-
schriften, Jura 1970, 69
- Ders. Unlauterer Wettbewerb und Ver-
braucherschutz, GRUR Int. 1970,
32
- Ders. Öffentliche Kritik an gewerb-
lichen Erzeugnissen und beruf-
lichen Leistungen, AcP 172
(1972), 203
- Ders. Wettbewerbsrecht und Verbrau-
cherschutz, RabelsZ 1972, 315

- Schricker Entwicklungstendenzen im Recht
des unlauteren Wettbewerbs,
GRUR 1974, 579
- Ders. Rechtsvergleichende Bemerkungen
zum strafrechtlichen Schutz
gegen unlauteren Wettbewerb,
GRUR Int. 1975, 33
- Ders. Schadensersatzansprüche der
Abnehmer wegen täuschender
Werbung?, GRUR 1975, 111
- Ders. Grenzen des Verbraucherschutzes.
Zur Auslegung des Kaufschein-
verbots in § 66 UWG, GRUR 1975,
349
- Ders. Soll der einzelne Verbraucher
ein Recht zur Klage wegen un-
lauteren Wettbewerbs erhalten?,
ZRP 1975, 189
- Ders. Verbraucherschutzrecht -
ein neues Rechtsgebiet?, GRUR
Int. 1976, 315
- Schricker-Lehmann, M. Wettbewerbsrechtliche Probleme
der Sortimentserweiterung und
Diversifikation im Fachhandel,
WRP 1977, 289
- Schröder Anmerkung zu BVerfG NJW 1972,
573, NJW 1972, 675
- Schulze zur Wiesche Die neue Rechtsprechung des BGH
auf dem Gebiet des Wettbewerbs-
rechts, NJW 1970, 1345
- Ders. Die neue Rechtsprechung zum
Wettbewerbsrecht, NJW 1971,
1964
- Ders. Die neue Rechtsprechung zum
Wettbewerbsrecht, NJW 1974,
2110
- Ders. Die Rechtsprechung zum Wett-
bewerbsrecht im Jahre 1974,
NJW 1975, 2175
- Schumann Über die Zulässigkeit von Wer-
bemitteln politischen Inhalts
im neuen Staat, GRUR 1934, 79
- Schumann, R.D. Der Wortgebrauch des Bundes-
gerichtshofes zur Kennzeichnung
der Sittenwidrigkeit nach
§ 1 UWG, Diss., Göttingen 1973
- Schwamberger Vergleichende Werbung unter
dem Gesichtspunkt neuer Ord-
nungsprinzipien, NJW 1961, 1185

- | | |
|-----------------|---|
| Schwartz | Zulässigkeit persönlicher Reklame gegenüber dem Ausländer?, ZAKDR 1935, 617 |
| Schwartz, G. | Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, 333 |
| Ders. | Zur Kartellamtspraxis und Rechtsprechung bei Austauschverträgen im Sinn der §§ 15 -18 GWB, GRUR Int. 1973, 497 |
| Seelow | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl., Berlin 1926 |
| Seydel | Wirtschaftspolitische Erwägungen als Grundlage wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen?, MA 1956, 83 |
| Ders. | Anmerkung zu BGHZ 42, 134 = GRUR 1965, 96 - "20 % unter dem empfohlenen Richtpreis", GRUR 1965, 102 |
| Siemens | Wandel in der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von "Maitressentestamenten" unter Berücksichtigung soziologischer Gesichtspunkte, Diss., Münster 1974 |
| Silberberg | Handbuch des Deutschen Kartellrechts, Berlin 1910 |
| Simitis, K. | Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960 |
| Ders. | Verbraucherschutz. Schlagwort oder Rechtsprinzip?, Baden-Baden 1976 |
| Sirch | Zur Problematik der Direktverkäufe, BB 1956, 1049 |
| Soergel-Siebert | Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, Bd. 3: Schuldrecht II, 10. Aufl., Stuttgart u.a. 1969 |

- | | |
|-----------------|--|
| Soldner | Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Warenproben, Diss., Erlangen - Nürnberg 1967 |
| Spengler | Die Bekämpfung der Preis-schleuderei, WuW 1953, 5 |
| Ders. | Ist das Verschenken von Handelsware unlauterer Wettbewerb?, MA 1955, 87 |
| Spengler - Völz | Vergleichende Werbung - ein Streitgespräch, WRP 1965, 121 |
| Staatslexikon | 6. Aufl., Freiburg 1963, Stichwort: Wettbewerbsbeschränkungen, Bearb. Mestmäcker, Stichwort: Wirtschaftsethik, Bearb.: v. Nell-Breuning, Stichwort: Wirtschaftspolitik, Bearb.: Jöhr |
| Stein | Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW 1964, 1745 |
| Steindorff | Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt 1959 |
| Ders. | Direktverkauf und Preisempfehlung, JZ 1959, 197 |
| Ders. | Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, S. 58 |
| Ders. | Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, Festschrift für Larenz, München 1973, S. 217 |
| Ders. | Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht?, Festschrift für Raiser, Tübingen 1974, S. 621 |
| Stoll | Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, Festgabe für Heck, Rümelin u. A.B. Schmidt, Tübingen 1931, S. 60 (zit.:Begriff und Konstruktion) |
| Strache | Das Denken in Standards, Berlin 1968 |

- Troller, A. Immaterialgüterrecht, Bd. I:
2. Aufl., Basel u.a. 1968,
Bd. II: Basel u.a. 1962
- Troller, K. Das Internationale Privatrecht
des unlauteren Wettbewerbs in
vergleichender Darstellung
der Rechte Deutschlands, Eng-
lands, Frankreichs, Italiens,
der Schweiz und der USA,
Freiburg (Schweiz) 1962
- Tschierschky Kartellrecht und Wettbewerbs-
recht, KartR 1933, 89
- Ders. Kartelle und Wettbewerbsrecht,
KartR 1934, 442
- Ders. Wettbewerbsrecht und wirt-
schaftliche Organisations-
politik, KartR 1935, 864
- Über Freiheit des Berufs, Hamburg
1952
- Ule Allgemeines Wohl und öffent-
liche Interessen in der Recht-
sprechung der Verfassungs-
und Verwaltungsgerichte, in:
Wohl der Allgemeinheit und
öffentliche Interessen, Berlin
1968
- Ulmer, E. Sinnzusammenhänge im modernen
Wettbewerbsrecht, Berlin 1932
- Ders. Wandlungen und Aufgaben im
Wettbewerbsrecht, GRUR 1937,
769
- Ders. Aus dem Wettbewerbs- und Waren-
zeichenrecht - Rechtsfragen
der Nachkriegszeit, GRUR 1951,
355
- Ders. Das Recht des unlauteren Wett-
bewerbs in den Mitgliedstaaten
der EWG, Bd. I: Vergleichende
Darstellung, München u.a. 1965
(zit. Ulmer I)
- Ulmer (Hrsg.)-Reimer Das Recht des unlauteren Wett-
bewerbs in den Mitgliedstaaten
der EWG, Bd. III: Deutschland,
München u.a. 1968 (zit.:
Ulmer-Reimer III)

Wiethölter	Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Böhm, Karlsruhe 1965, S. 41
Willemer	GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche, Diss., Hamburg 1975
Wittgensteiner	Preisunterbietung bei Markenartikeln, KartR 1927, 458
Wolf	Die Klagebefugnis der Verbände, Tübingen 1971
Ders.	Zur Zulässigkeit der Verbandsklage, BB 1971, 1293
Wolff Bachof	Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974
Wolff, R.	Die Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle, Berlin 1929
Ders.	Preisbindungen von Markenwaren im neuen Kartellrecht, GRUR 1931, 839
Wronka	Verbraucherverbände und Schadensersatzklage, WRP 1975, 561
Würdinger	Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721
Ders.	Schenkung als Werbemaßnahme, WuW 1955, 71
Zöllner	Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München u.a. 1963
Zuck	Die Werbefahrten in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, WRP 1970, 208

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AWR	Archiv für Wettbewerbsrecht
BayVGHE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BB	Der Betriebs-Berater
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH(Z)	Bundesgerichtshof (Amtliche Sammlung von Entscheidungen in Zivilsachen)
BKartA/BKA	Bundeskartellamt
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht (Amtliche Entscheidungssammlung)
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DöV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DW	Der Wettbewerb
GewArch	Gewerbearchiv
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Auslands- und Internationaler Teil
HDSW	Hand-Wörterbuch der Sozialwissenschaften
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JurJB	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KartR	Kartellrundschau
KartVO	Kartellverordnung
KG	Kammergericht

LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift
MA	Der Markenartikel
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖOGH	Oberster Gerichtshof in Wien
ÖBL	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz
OLG	Oberlandesgericht
Ordo	Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Prot.	Protokolle zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1897
ProVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGSt, RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, in Zivilsachen
RG (Str.)	Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb / Entscheidungssammlung
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
Zentrale	Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchweizR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

TEIL I GRUNDLEGUNG

Die das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) ¹⁾ beherrschende Generalklausel des § 1 UWG lautet:

Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Welche Rolle dem Allgemeininteresse, den öffentlichen Interessen ²⁾ bei der Beurteilung einer Wettbewerbs-handlung anhand des Maßstabes der "guten Sitten" zukommt, ist eine der umstrittensten Fragen des Wettbewerbsrechts, die an die Grundfragen des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb, nämlich die Frage nach den geschützten Interessen und nach einem übergreifenden Schutzgut des Wettbewerbsrechts sowie die Frage nach Inhalt und Rechtscharakter der "guten Sitten" des § 1 UWG rührt.

-
- 1) Vom 7.6.1909 (RGBl. 499). Vorläufer dieses Gesetzes war das "Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896" (RGBl. 145), das jedoch noch keine Generalklausel enthielt und vor allem deshalb als unzureichend empfunden wurde. Zur Gesetzesgeschichte sowie zu den zwischenzeitlich erfolgten Gesetzesänderungen vgl. Becher, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. (1932), 10 f; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, 14 u. 17; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (1958), 152 ff.
 - 2) Die Begriffe "öffentliche Interessen, öffentliches Interesse, Interessen der Allgemeinheit, Allgemeininteresse(n)" werden im folgenden synonym gebraucht.

§ 1 EINFÜHRUNG IN DAS PROBLEM

Was sich konkret hinter dieser Fragestellung verbirgt und welche praktischen Auswirkungen sie hat, kann nicht mit wenigen Worten abstrakt-begrifflich beschrieben, sondern nur durch Wiedergabe des einschlägigen wettbewerbsrechtlichen Diskussionsstandes verdeutlicht werden.

I. DAS ALLGEMEININTERESSE: EIN OFFENER BEGRIFF

Insbesondere läßt sich eine Vorstellung davon, welche verschiedene Bedeutung eine Verweisung auf die Interessen der Allgemeinheit im Rahmen des § 1 UWG haben kann und welche Fallgestaltungen davon erfaßt werden, nicht durch Rückgriff auf den Begriff "Allgemeinin-teresse" vermitteln. Jeder Versuch, den äußeren Rahmen des Problems durch eine Definition von "Allgemeinin-teresse" abzustecken, ist von vornherein zum Scheitern verurteilt. Denn mit diesem Begriff können sehr unterschiedliche Vorstellungen verbunden werden, je nachdem, in welchem Zusammenhang er verwendet wird ¹⁾. Es handelt sich um einen offenen Begriff, der einer allgemein-

1) Aus der unübersehbaren Literatur vgl. z.B. aus soziologischer und sozial-ökonomischer Sicht Hirsch-Weber, Politik als Interessenkonflikt (1969), 50 ff, 91 ff, 98 ff und Huber, Begriff des Interesses in den Sozialwissenschaften (1958), jeweils mit ausführlicher Darlegung der verschiedenen Auffassungen; aus juristischer Sicht vgl. bes. Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I (1974), § 29 (S. 166 ff); Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), 173 ff; Leisner DÖV 1970, 217 ff; Klein, Zum Begriff des öffentlichen Interesses (1969), 1 ff; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), 53 ff; jeweils mit umfangreichen Nachweisen; ferner Kraft, Interessenabwägung (1963), 14 ff, 246 ff; Reinhardt, Festschrift Hueck (1959), 439, 440 ff; Weick, Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen (1971), 60 f; einen umfassenden Überblick über die vielfältigen Erscheinungsformen des öffentlichen Interesses in der verwaltungsrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung gibt Häberle, Öffentliches Interesse (1970).

gültigen abstrakten Beschreibung nicht fähig ist, sondern seine jeweilige Bedeutung aus dem konkreten Zusammenhang, der jeweiligen Problemlage erhält; Öffentliche Interessen sind nicht "aus sich heraus" bestimmbar ²⁾. Es kann also sinnvollerweise nur gefragt werden, was mit "Allgemeininteresse" gemeint ist, wenn es um die Anwendung der Generalklausel des § 1 UWG geht. Die Antwort darauf läßt sich nicht auf eine kurze definitorische Formel bringen, sondern allein aus dem spezifischen wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang heraus konkretisieren. Zur Ausfüllung des Begriffs "Allgemeininteresse" ist somit eine Darstellung der einschlägigen wettbewerbsrechtlichen Problematik erforderlich, was aber wiederum ein bestimmtes "Vorverständnis" von "Allgemeininteresse" voraussetzt, das nicht notwendig mit dem herrschenden Problemverständnis übereinstimmen muß. Das Zirkelproblem läßt sich nicht ohne Vorgreiflichkeiten lösen ³⁾.

Der wettbewerbsrechtlichen Diskussion liegt das Gegensatzpaar "Reiner Mitbewerberschutz/Allgemeinheits- und Verbraucherschutz" zugrunde. Als Arbeitsgrundlage ist daher zunächst von der folgenden negativen Abgrenzung

-
- 2) Vgl. Ballerstedt, Reform-Bericht (1957), 22; Häberle (FN 1), 31, FN 57; Leisner DÖV 70, 217; Reinhardt (FN 1), 439, 442 f; Zöllner (FN 1), 53; Ryffel, in: Wohl der Allgemeinheit (1968), 23, 26; Rupp, in: Wohl der Allgemeinheit (1968), 116, 118 f; Ule, in: Wohl der Allgemeinheit (1968), 126 ff; Martens (FN 1), 173; Hirsch-Weber (FN 1), 101 f; Salzwedel DVB 1964, 24; Scholz, Wirtschaftsaufsicht (1971), 88 m.w.N. in FN 4; Luhmann sieht im öffentlichen Interesse einen "Allerweltsbegriff", eine Leerformel, ein "programmiertes Mißverständnis" (Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung (1966), 89 ff.)
- 3) Vgl. zu dem hier angesprochenen Problem des "hermeneutischen Zirkels" Gadamer, Wahrheit und Methode, 2. Aufl. (1965), 250 ff; Esser, Vorverständnis (1970), 99 ff, 133 ff; ders., Festschrift Raiser (1974), 517, 528 f; Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl. (1975), 183 ff.

auszugehen: Öffentliche Interessen im Unlauterkeitsrecht sind alle Interessen, die nicht als reine Mitbewerberinteressen verstanden werden können. Das Problem des Allgemeininteresses war in den Anfängen des Wettbewerbsrechts unbekannt. Es erscheint daher zweckmäßig, zur Einführung in die Fragestellung zunächst die Entdeckung der öffentlichen Interessen durch Rechtsprechung und Lehre, also die Entwicklung von der individualrechtlichen zur sogenannten sozialrechtlichen Betrachtungsweise des Wettbewerbsrechts, nachzuvollziehen (II). Eine weitere sachorientierte Konkretisierung des Allgemeininteresses ergibt die anschließende Rechtsprechungsanalyse, die sich nicht auf die Fälle und Argumente, die im Mittelpunkt der bisherigen Problembehandlung stehen, beschränkt (§ 2). Von diesem umfassenderen Problemansatz her, der die große praktische Bedeutung des Allgemeininteresses erkennen läßt und grundsätzliche Bedenken (§ 3 III) gegen das herrschende Problemverständnis (§ 3 I, II) weckt, sollen die Weichen für die folgenden Untersuchungen gestellt werden (§ 3 IV). Dann wird auch etwas zur begrifflichen Doppelbödigkeit des Wortes "Interesse" gesagt werden müssen, das einmal "faktisch vorhandenes und feststellbares Begehren" bedeuten kann, ein andermal im Sinne von "Nutzen, Wert" gebraucht wird, also als Bewertungsfaktor für (faktische) Interessen dient (§ 4). Der Begriff "Interesse" soll zunächst unterschiedslos in seiner normativ-deskriptiven Doppelsinnigkeit verwandt werden, ganz so, wie es in Rechtsprechung und Lehre üblich ist.

II. VON DER INDIVIDUALRECHTLICHEN ZUR SOZIALRECHTLICHEN BETRACHTUNGSWEISE DES UNLAUTERKEITSRECHTS

1. Individualrechtlicher Ausgangspunkt

Das UWG ist von Rechtsprechung und Lehre ursprünglich in dem Sinne verstanden worden, daß es lediglich dem einzelnen Wettbewerber Schutz gegen unlautere Geschäftspraktiken seiner Mitbewerber gewährt ⁴⁾. Als repräsentativ für das rein individualrechtliche Verständnis des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb darf die Auffassung Callmann's gelten, die sich noch in seinem im Jahre 1932 herausgegebenen Kommentar zum Wettbewerbsrecht findet und wegen ihrer besonderen Prägnanz hervorsteicht:

"Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts ist die Allgemeinheit der konkurrierenden Unternehmen, nicht aber die Allgemeinheit schlechthin, nicht das Publikum ... Die Allgemeinheit gibt den Boden

4) Z.B. RG GRUR 1911, 276, RGZ 73, 267, 269; RGZ 75, 370, 373; Gierke, Deutsches Privatrecht (1895), 713 ff; Pinner, Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (1903), 1 ff, 5; Lobe I, 12 f, 117; Finger, Unlauterer Wettbewerb (1911), 19; Kohler, Der unlautere Wettbewerb (1914), 16 f; Elster, Kurzkomentar, 9. Aufl. (1932), 146; Becher, Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. (1928), 7, 17 f u. 2. Aufl. (1932), 5; Baumbach, Kommentar, 1. Aufl. (1929), 128 u. 2. Aufl.: Das gesamte Wettbewerbsrecht (1931), 70; ders. MuW 1930, 2, 4; ders. MuW 1931, 5, 6; Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb (1931), 30 f; Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 2. Aufl. (1932), 43 f; ders. MuW 1929, 570, 571; ders. JW 1930, 1647, 1650. A.A. nur Osterrieth, GRUR 1909, 399, 403 f, der wegen der Klagemöglichkeit "eines jeden Konkurrenten und Verbands" ohne Rücksicht auf etwa erlittenen Schaden oder "individuelle Konkurrenz" in § 1 UWG "seinem Inhalt nach" eine Vorschrift "gewerbepolizeilicher Natur" sieht.

ah, auf dem sich die Mitbewerber begegnen; das Publikum ist das Instrument, auf dem der Gewerbetreibende spielt; die Leichtgläubigkeit des Publikums, seine Freude am Sensationellen, sein einseitiges Interesse an Befriedigung seiner Bedürfnisse sind die Mittel, durch die sich die Mitbewerber bekämpfen ... Vor der wettbewerbsrechtlichen Zivilgerichtsbarkeit tritt das Individuum dem Individuum gegenüber ...; im Strafverfahren tritt dem bedrängten Individuum der Staat mit seinen Machtmitteln helfend zur Seite. Die unbestimmte Masse der Allgemeinheit findet ihr Recht im Verfahren vor den Behörden" ⁵⁾.

Zwar erkannte man, daß unlauterer Wettbewerb auch "das allgemeine Interesse berühren" kann ⁶⁾; der Schutz der Allgemeinheit, insbesondere der Verbraucher, erschien jedoch allenfalls als bloßer Reflex eines Mitbewerberschutzes ⁷⁾. Von dieser Linie weichen allerdings zwei Entscheidungen des Reichsgerichts aus jener Zeit ab, die hervorheben, daß das Wettbewerbsrecht *neben* dem Konkurrentenschutz auch die "Reinhaltung des öffentlichen gewerblichen Verkehrs im Interesse des Publikums bezweckt" ⁸⁾. Vor allem in dem späteren Urteil scheint das

5) Callmann (FN 4), 43 f; die dort angezogenen Entscheidungen RGSt 61, 58 (zu § 4 UWG); RG MuW 1930, 231 = GRUR 1930, 540 (zu §§ 1, 3 UWG); RG MuW 1931, 522 (zu § 3 UWG); OLG Hamburg JW 1929, 1258 werden allerdings - vom Standpunkt Callmanns aus gesehen - zu Unrecht kritisiert, da die Gerichte es trotz zweideutiger Formulierungen im Ergebnis allein auf den Schutz der Gewerbetreibenden abstellen.

6) Die Formulierung findet sich in RGZ 79, 321, 327.

7) Vgl. RGZ 73, 267, 269; RGZ 79, 370, 373; RGZ 93, 189, 192; RG GRUR 1927, 194; RGSt 63, 107, 108 und die in FN 5 angeführten Entscheidungen.

8) RG MuW XV 48, 49 (1914); RGZ 108, 272, 274 (1924).

Reichsgericht dabei von einer gleichberechtigten Berücksichtigung privater und öffentlicher Interessen auszugehen. Diese Formulierungen blieben jedoch Einzelfälle und fanden - offenbar deshalb, weil sie sich auf das Ergebnis nicht auswirkten - keinen Widerhall.

2. Erste sozialrechtliche Tendenzen

Eine Neuorientierung der Rechtsprechung kündigte sich etwa ab Mitte der zwanziger Jahre an. Der wettbewerbsrechtliche Sittenverstoß wurde von nun an verschiedentlich mit Argumenten begründet, die nicht mehr mit einem Nur - Wettbewerberschutz in Einklang zu bringen sind ⁹⁾. Das Reichsgericht bezog erstmalig im Jahre 1926 auch die Interessen geschäftlich unerfahrener "Volkskreise", "die der wirtschaftlichen Fürsorge am meisten bedürfen", in den Schutzbereich des § 1 UWG ein ¹⁰⁾. In weiteren Entscheidungen wurde im Rahmen der guten Sitten auf die wirtschaftliche Notlage der Zeit ¹¹⁾ sowie auf die sozialen und gesamtwirtschaftlichen Interessen an der Durchsetzung des Tarifrechts ¹²⁾ abgestellt. Die Preisunterbietung durch ein Oligopol wurde u.a. deshalb als unlauter angesehen, weil dessen Preispolitik den staatlichen Bestrebungen nach Senkung der allgemeinen Lebenshaltungskosten zuwiderlaufe ¹³⁾. Auch in anderen Zusammenhängen hob das Reichsgericht nun hervor, die Vorschriften des UWG seien "nicht bloß der Wettbewerber

9) Einzelheiten: § 9.

10) RGZ 115, 319, 330 - progressive Kundenwerbung; vgl. auch RG JW 1930, 1687 - Schiller-Gedenkausgabe; JW 1928, 1210 - Gütermann-Nähseide.

11) RG JW 1930, 1687, 1689 f; RGZ 134, 342, 356 - Benzinkampf.

12) RGZ 117, 16, 20, 22.

13) RGZ 134, 342, 356.

halber gegeben, sondern sie dienen auch den Interessen des Publikums und der Wahrung des Rechtsfriedens" ¹⁴⁾.

3. Gemeinschaftsbezogene Deutung der Klagebefugnis

der Mitbewerber und Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG

Von besonderer Bedeutung für die Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Unlauterkeitsrecht wurde die Rechtsprechung zur Klagebefugnis der Mitbewerber und Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG. Zum Teil wird darin sogar der alleinige Ausgangspunkt für eine gemeinschaftsbezogene Auslegung der guten Sitten gesehen ¹⁵⁾. Diese Auffassung ist jedoch nach der voraufgegangenen Rechtsprechungsanalyse als zu eng abzulehnen ¹⁶⁾.

a) Bedeutung des § 13 Abs. 1 UWG

Nach § 13 Abs. 1 UWG können neben dem - nicht besonders erwähnten - unmittelbar Verletzten auch die Mitbewerber gleicher oder verwandter Branchen und die Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen auf Unterlassung von Wettbewerbshandlungen klagen, die gegen die §§ 1 - 12 UWG verstoßen. Die Bedeutung dieser Klagebefugnis liegt nach heutigem Verständnis darin, daß sie eigene materiell-rechtliche Ansprüche gibt, die unabhängig von einer

14) RGZ 132, 311, 317 unter Hinweis auf RGZ 115, 319, 330 und RGZ 120, 47, 49, wo sich aber eine derartige Formulierung nicht findet; RG GRUR 1930, 540, 542 hebt zwar hervor, daß die §§ 1, 3 UWG auch der "Reinhaltung des Verkehrs im Interesse des Publikums" dienen sollen, stellt aber im Ergebnis auf Mitbewerberschutz ab.

15) Schwartz GRUR 1967, 333, 335 und daran anschließend Nastelski GRUR 1969, 322; Schricker GRUR Int. 1970, 32, 33 f; vgl. ferner Kraft, Festschrift Bartholomeyczik (1973), 223.

16) So auch Schrauder, Wettbewerbsverstöße (1970), 127.

Individualrechtsverletzung sind und ohne Rücksicht auf den Willen des unmittelbar Verletzten geltend gemacht werden können ¹⁷⁾. Auf eine Beeinträchtigung des klagenden Mitbewerbers in seiner gewerblichen Betätigung kommt es nicht an ¹⁸⁾. Für eine Verletzung des klagenden Verbands selbst reicht es aus, wenn in den satzungsgemäßen Interessenbereich des Verbandes eingegriffen wird. Ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Beklagten und den Mitgliedern des klagenden Verbands ist nicht erforderlich ¹⁹⁾. Regionale Beschränkungen gibt es nicht ²⁰⁾; so kann der Bäckermeister aus Konstanz gegen den Bäckermeister aus Kiel klagen, wenn dieser zu kleine Brötchen backt und dadurch den Verkehr irreführt (§§ 1, 3 UWG); ein regionaler Verband kann einen Unterlassungsantrag mit Wirkung für das ganze Bundesgebiet stellen ²¹⁾. Ein Gewerbetreibender kann wegen ein und derselben Wettbewerbshandlung von mehreren Mitbewerbern und Verbänden gleichzeitig oder nebeneinander verklagt werden ²²⁾. Dem klagenden Mitbewerber können Einwendungen aus seiner Person grundsätzlich nicht entgegengehalten werden ²³⁾.

- 17) Ganz herrschende Meinung, z.B.: BGH GRUR 1956, 279, 280 - Olivin; BGHZ 41, 314, 318 - Lavamat; BGH GRUR 1960, 379, 380 f - Zentrale; GRUR 1966, 327, 332 - Richtpreiswerbung I, mit Anm. Knopp; GRUR 1966, 333, 336 - Richtpreiswerbung II, mit Anm. Knopp; GRUR 1967, 430, 432 - Grabsteinaufträge; Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG, Rdnr. 5 m.w.N. aus dem Schrifttum.
- 18) Vgl. RG MuW 1931, 501 = JW 1932, 730, 731 - Buchgemeinschaft; Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG, Rdnr. 10.
- 19) Z.B. BGH GRUR 1970, 189 - Fotowettbewerb; GRUR 1971, 516 - Brockhaus Enzyklopädie; GRUR 1971, 585, 586 - Spezialklinik. Für eine großzügige Auslegung dieses Merkmals auch BGH GRUR 1975, 75, 70 - Wirtschaftsanzeigen, m. zust. Anm. Bauer 77 f. Weitere Nachw. bei Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG, Rdnr. 13 f.
- 20) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG, Rdnr. 10 u. 14.
- 21) BGH GRUR 1964, 397, 398 - Damenmäntel; OLG Oldenburg BB 1972, 57.
- 22) BGH GRUR 1960, 379, 380 f - Zentrale; RGZ 120, 47, 49 f - Markenschutzverband; Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG, Rdnr. 5.
- 23) Vgl. z.B. zum Einwand der "unclean hands", Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG, Rdnr. 10 und Einl. UWG, Rdnr. 389 ff, m.w.N.

b) Maßgeblicher Grund für diese besondere
Klagebefugnis

Die Rechtsprechung begnügte sich zur Erklärung des weitgesteckten Rahmens der Klagebefugnis anfangs mit dem Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes und auf die gesetzgeberischen Motive ²⁴⁾:

"Jeder Mitbewerber soll als durch die trügerische Reklame verletzt angesehen und demnach aktiv legitimiert sein. Um aber die Unterdrückung einer unter die Vorschrift fallenden Reklame nicht völlig von dem Entschlusse des einzelnen Mitbewerbers abhängig zu machen, will der Entwurf die gleichen Befugnisse auch den Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit sie als Partei in Zivilprozessen auftreten können, beilegen, und zwar ohne Unterscheidung, ob ein solcher Verein den Schutz des durch die Reklame betroffenen Gewerbezweigs sich zur besonderen Aufgabe macht oder Ziele allgemeiner Art verfolgt" ²⁵⁾.

Lediglich zwei der früheren Urteile des Reichsgerichts lassen mit ihren Formulierungen andeutungsweise erkennen, daß die Verbandsklage auch der Durchsetzung anderer als Mitbewerberinteressen dient. So wird in einer Entscheidung aus dem Jahre 1912 ²⁶⁾ der Zweck der Verbandsklage darin gesehen, eine Abwehr von "gefährdevollen Angriffen jeder Art" zu ermöglichen, "die zugleich das

24) So zuerst aus dem Jahre 1912 (mit wörtlichem Zitat der Motive): RGSt 45, 355, 358 und im Anschluß daran RG (Str.) MuW XV, 48, 49. Die Entscheidungen betrafen die Frage, ob den Verbänden ein Strafantragsrecht ohne Rücksicht auf eine Gefährdung der Verbandsmitglieder zuzubilligen sei. Die nachfolgenden Urteile RG JW 1920, 778; RG MuW XXI, 144 = JW 1922, 33; KG MuW XXI, 143; RG MuW XXIV, 232 beschränkten sich auf eine indirekte Bezugnahme, nämlich auf ein Zitat der Fundstelle bei RGSt 45, 355, 358.

25) Begründung zum III. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 3.12.1895, Reichstagsdrucksache Nr. 35, 9. Leg.Per., IV. Session 1895/96, S. 13 f.

26) RGZ 79, 321, 327.

allgemeine Interesse berühren". Im Jahre 1922 erkannte das Reichsgericht einem Anwaltverein, der satzungsgemäß die Berufsinteressen seiner Mitglieder zu fördern hatte, die Klagebefugnis zu, obwohl keines seiner Mitglieder verletzt war; die Rechtsanwaltschaft sei nämlich auch dazu berufen, dem rechtsuchenden Publikum zur Seite zu stehen und es vor Irreführungen zu schützen ²⁷⁾.

Bahnbrechend wurde aber erst die Entscheidung vom 24. Januar 1928 ²⁸⁾. Das Reichsgericht wies den Einwand des Beklagten, bereits von dritter Stelle verklagt worden zu sein, mit der Begründung zurück, daß die Unterlassungsklage nicht nur den Wettbewerber schützen, sondern - wie das ganze Wettbewerbsgesetz - den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegentreten und daher die Verfolgung der betreffenden Rechtsverletzungen nicht dem Belieben des unmittelbar Verletzten allein überlassen wolle ²⁹⁾. Diese Formel wurde in der Folgezeit zum festen Bestandteil der Rechtsprechung, wenn es sich darum handelte, den weiten Rahmen der Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG zu motivieren ³⁰⁾. Insbesondere die Entbehrlichkeit eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Beklagten und den Mitgliedern des klagenden Verbandes wurde nun mit dieser Begründung gerechtfertigt ³¹⁾. Auch der Ein-

27) RGZ 105, 378, 379 f.

28) RGZ 120, 47 - Markenschutzverband.

29) a.a.O. 49; ebenso die späteren Entscheidungen RG MuW 1937, 64; 1939, 237.

30) vgl. neben den im folgenden zitierten Entscheidungen noch RGZ 148, 114, 125; RG MuW 1935, 360, 364; RG JW 1936, 808, 809; aus der Rechtsprechung des BGH vgl. die Nachw. in FN 17 u. 21.

31) RGZ 128, 330, 342 f; RG GRUR 1935, 825, 827 = MuW 1935, 356, 357 - Möbele Einzelhandel; weitere Nachw. aus der neueren Rechtsprechung in FN 19 und bei Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG, Rdnr. 13 f. - Zuvor war man ohne diese Formel ausgekommen, vgl. die in FN 24 a.E. aufgef. Entscheidungen.

wand, der Kläger treibe selbst genau denselben unlauteren Wettbewerb (sogenannter Einwand der unclean hands)³²⁾ oder habe seine Rechte verwirkt³³⁾, wurde unter Hinweis auf das öffentliche Interesse an der Verfolgung der nach §§ 1, 3 UWG begangenen Wettbewerbsverstöße gegenüber einer Klage aus § 13 Abs. 1 UWG grundsätzlich für unzulässig gehalten; teilweise wurde dabei sogar die Parallele zur Popularklage aus § 9 Nr. 2 und 3 WZG gezogen³⁴⁾.

4. Reaktion der Lehre

a) Keine zeitliche Parallele zur Rechtsprechung

Die neuen sozialrechtlichen Tendenzen in der Rechtsprechung hatten im herrschenden Schrifttum keine zeitliche Parallele. Immerhin lassen sich vereinzelte frühe Stimmen im Sinne einer sozialrechtlichen Betrachtungsweise deuten: So sah Tschierschky³⁵⁾ bereits im Jahre 1929 im Schutz des "redlichen Verkehrs" einen "der

32) RG MuW 1931, 377; MuW 1931, 501 f = JW 1932, 730, 733 - Buchgemeinschaft; RGZ 149, 224, 226 = JW 1936, 806 - Präservativwerbung, m. Anm. Culemann; aus der neueren Rechtsprechung vgl. nur BGH GRUR 1967, 430, 432 - Grabsteinaufträge; GRUR 1971, 582, 584 - Kaffeehandel. Einzelheiten bei Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 390 m.w.N.

33) Vgl. RG JW 1933, 2131, 2132, m. Anm. Eugen Ulmer; JW 1935, 753, 759 - NSU; JW 1937, 153, 158 - Rüggeberg; GRUR 1935, 825, 829 - Möbele Einzelhandel; vgl. auch bereits KG JW 1931, 2037, 2038: Das KG wies den Verwirkungseinwand des Beklagten zurück, da der klagende Anwaltverein "das rechtssuchende Interesse des Publikums überhaupt" wahrnehme. Einzelheiten und weitere Nachweise - auch aus der neueren Rechtsprechung - bei Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 383.

34) RG JW 1932, 730, 733 - Buchgemeinschaft; RGZ 149, 224, 226 - Präservativwerbung.

35) In Isay-Tschierschky, KartellVO (1925), 74.

wesentlichsten Pfeiler des Gemeinwohls in dem Sinne eines Ideals der sozialen Ordnung"; der in § 1 UWG verwandte Begriff der "guten Sitten" müsse der "sozialen Ethik entlehnt werden". Isay ³⁶⁾ bemerkte zwei Jahre später unter Hinweis darauf, daß Verbände und Gewerbetreibende der gleichen Branche nach § 13 Abs. 1 UWG klagebefugt seien, auch wenn sie in keiner Weise in ihren geschäftlichen Interessen berührt seien:

"Tatsächlich dienen die privatrechtlichen Vorschriften des UWG zum Teil nicht bloß dem Schutze des einzelnen Wettbewerbers gegenüber seinen Konkurrenten, sondern auch der Sauberhaltung des Wirtschaftslebens im öffentlichen Interesse. In einem solchen Falle handelt also der Kläger nicht etwa in Wahrnehmung seiner eigenen privatwirtschaftlichen Interessen, sondern als Sachwalter der Öffentlichkeit, gewissermaßen als Organ einer wirtschaftlichen Ordnungspolizei."

Diese Äußerungen blieben jedoch fast unbeachtet; jedenfalls wurden sie nicht im Sinne einer Kritik an der individualrechtlichen Grundstimmung verstanden ³⁷⁾. Sie sollten mit ihrem mehr beiläufigen Charakter wohl auch keine grundsätzliche Richtungsänderung bewirken ³⁸⁾.

b) Streit um die Außenseiter-Unterbietung

Ins Grundsätzliche zielte dagegen der von Goldbaum entfachte Streit um die Vereinbarkeit der Unterbietung preisgebundener Markenwaren mit den wettbewerbsrechtlichen "guten Sitten" ³⁹⁾. Er bewirkte aber keine Auflockerung,

36) GRUR 1927, 56.

37) Vgl. Callmann (FN 4), 44 unten.

38) Vgl. z.B. die hierzu im Gegensatz stehenden Ausführungen von Isay in GRUR 1927, 166, 167.

39) Vgl. dazu auch unten § 8 I 3 b.

sondern nur eine Freilegung der dogmatisch erstarrten Fronten. Goldbaum, der "Rufer in der Wüste", hatte die wesentliche Ursache für die Benachteiligung des Außenseiters in dem herrschenden privatrechtlichen Verständnis des UWG gesehen und sich darum mit großer Leidenschaft für eine Ausrichtung der guten Sitten am Gemeinwohl eingesetzt. Seine Ausführungen lassen sich wie folgt zusammenfassen: § 1 UWG diene nicht einem "Sonderrechtsgut", sondern öffentlichen Interessen. Nur die Rücksicht auf das Gemeinwohl (publica salus) habe den § 1 UWG diktiert. Folglich handele derjenige sittengemäß, dessen Handlung dem allgemeinen Wohl entspreche. "Es gibt keine guten Sitten, die dem Gemeinwohl zuwiderlaufen". Der wirkliche Kern des "alle" in der Anstandsformel sei nichts anderes als die Gesamtwirtschaft ⁴⁰⁾. Diese für die damalige Zeit provokanten Äußerungen fanden nur bei wenigen Zustimmung ⁴¹⁾ und bewirkten allenfalls, daß sich die Vertreter der herrschenden Meinung veranlaßt sahen, ihre Gegenposition nochmals in aller Klarheit darzulegen. Die §§ 1, 13 UWG, so hieß es, bezweckten nicht den Schutz der Konsumenten, sondern ausschließlich den Schutz der Mitbewerber; etwaige Wirkungen einer Wettbewerbshandlung auf die Allgemeinheit hätten bei der Bildung des wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeitsurteils außer Betracht zu bleiben ⁴²⁾.

40) Goldbaum LZ 1927, 723; ders. GRUR 1927, 781, 782; ders. MuW 1930, 505, 506 f; ders. GRUR 1931, 1053 ff.

41) "Allenthalben" zustimmend Breit MuW XXVI, 315, 316 Anm. 5; vgl. auch Fluhme KartR 1927, 451, 457 und Wittgensteiner KartR 1927, 458, 461.

42) Callmann KartR 1927, 547, 549 f; ders. MuW XXVI, 378 ff; ders. GRUR 1928, 102, 104; ders. MuW 1929, 570, 571; ders. JW 1930, 1647, 1650; Isay GRUR 1927, 166, 167; Pinzger KartR 1928, 345, 350; Baumbach, Kommentar (1929), 128; ders. MuW 1930, 2, 4; Daffis GRUR 1931, 801, 804; Rosenthal, Kommentar, 8. Aufl. (1930), 11.

c) Einfluß der neueren sozialrechtlichen Tendenzen
in der Rechtsprechung

Von einer sich anbahnenden Tendenzwende in der Lehre kann vielmehr erst Anfang der dreißiger Jahre gesprochen werden, als sich unter dem Einfluß der Rechtsprechung die Stimmen mehrten, die sich für eine Berücksichtigung auch anderer als Mitbewerberinteressen einsetzten, und nunmehr auch einige der führenden Kommentatoren auf diese Linie einschwenkten.

aa) Verteidigung der bisherigen Positionen

Zwar nannte Baumbach, der es bereits 1929 für einen "nicht auszurottenden Irrtum" gehalten hatte, daß auch das Publikum, der Verbraucher, geschützt sei ⁴³⁾, später die gegenläufigen Feststellungen des Reichsgerichts zur erweiterten Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG unhaltbar ⁴⁴⁾. Entsprechend fanden auch Kirchberger ⁴⁵⁾ und Callmann ⁴⁶⁾, daß die Klageberechtigung der branchenangehörigen Gewerbetreibenden und der Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen mit dem Interesse der Allgemeinheit nichts zu tun habe. Der weiten, ein unmittelbares Betroffensein der klagenden Gewerbetreibenden oder der Verbandsmitglieder nicht voraussetzenden Klagebefugnis versuchte man eine individualrechtliche Deutung zu geben, indem man die Gewerbetreibenden und Verbände als Prozeßstandschafter auftreten ließ ⁴⁷⁾ und zugleich § 13 Abs. 1 UWG die unwiderlegliche Vermutung entnahm, daß jeder Mitbewerber und jedes Verbandsmitglied durch die unlautere Wettbewerbshandlung verletzt seien ⁴⁸⁾.

43) Kommentar (1929), 128.

44) Das gesamte Wettbewerbsrecht (1931), 70 und MuW 1931, 5, 6.

45) Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb (1931), 31 f.

46) Kommentar (FN 4), § 13 UWG, Rdnr. 2 und Einl. 43 f.

47) Baumbach (FN 44), 118; ders. MuW 1931, 5, 6.

48) Baumbach (FN 44), 118; vgl. auch Callmann (FN 4), § 13 UWG, Rdnr. 2, der jedoch eine unwiderlegliche Vermutung zugunsten des Rechtsschutzbedürfnisses annahm.

bb) Abkehr vom reinen Mitbewerberschutz

Die neuen Entscheidungen zur Klagebefugnis wurden jedoch von Rosenthal begrüßt ⁴⁹⁾:

"Mitgeschützt ist auch das Publikum: Stets soll die Urteilsfindung im Auge behalten das allgemeine Interesse an der Ordnung und Reinlichkeit des Geschäftslebens: Dem Rechtsfrieden muß das Privatinteresse einer Partei in allen Zweifelsfragen weichen" ⁵⁰⁾.

Rosenthal hatte bereits in den Voraufgaben seines Kommentars das besondere Klagerecht des § 13 Abs. 1 UWG damit zu erklären versucht, daß "das allgemeine Interesse geschädigt" werde, "wenn eine Verfolgung der in Frage stehenden Rechtsverletzungen dem Belieben des unmittelbar Betroffenen anheimgegeben" sei ⁵¹⁾. Dieser Auffassung schlossen sich Alexander-Katz ⁵²⁾ und Reimer ⁵³⁾ an, letzterer allerdings mit der Einschränkung, daß der Einwand der "unclean hands" ⁵⁴⁾, der Verwirkungseinwand ⁵⁵⁾ sowie der Einwand der Rechtskraft und der Rechtshängigkeit ⁵⁶⁾ grundsätzlich durchgreifen müsse.

49) Kommentar (FN 42), 5, vgl. auch § 13 UWG, Note 2; widersprüchlich Becher (FN 4), 1. Aufl., Vorbem. 8 vor § 1 (S. 7 f) und 2. Aufl., Einl. 5 f, der zwar die neuen Entscheidungen kritiklos zitiert, aber behauptet, daß das Publikum nicht geschützt sei.

50) Vgl. aber auch seine Klarstellung (a.a.O. 11) gegenüber Goldbaum: "Ob eine Wettbewerbsbehandlung das Gemeinwohl günstig beeinflusst, ist kein Maßstab für die Beurteilung ihrer Lauterkeit".

51) 6. Aufl. (1927) und 7. Aufl. (1928), jeweils Note 2 zu § 13 UWG.

52) Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl. (1933), 9.

53) Kommentar, Bd. 1 (1933), 73 ff, Bd. 2 (1935), 503, 716.

54) a.a.O. 158, 716.

55) a.a.O. 177.

56) a.a.O. 716.

Die soziale Funktion des UWG wurde auch von Kaiser ⁵⁷⁾, Geiler ⁵⁸⁾ und Ulmer ⁵⁹⁾ betont. Kaiser setzte sich in einer Besprechung des Tankstellenurteils für eine Berücksichtigung der Interessen der Verbraucher und der Allgemeinheit ein und verwies dabei auf entsprechende Ansätze in der Rechtsprechung zu § 138 BGB ⁶⁰⁾. Geiler konstatierte, daß für die Beurteilung des Verhaltens von Kartellen und Monopolen in einer Zeit der Wirtschaftsbindungen und wirtschaftlichen Machtstellungen das "individualethische Wettbewerbsrecht seine notwendige Ergänzung" durch "mehr sozialetische und sozialrechtliche Konkretisierungen" der "guten Sitten" erfahren habe ⁶¹⁾. Ulmer stellte eine Parallelität der Mitbewerber- und Publikumsinteressen fest: "Indem man den Mitbewerbern die Sorge für die Reinhaltung des Reklamewesens in die Hand gibt, stellt man sie zugleich in den Dienst des Interesses der Allgemeinheit" ⁶²⁾. Ulmer war es auch, der als erster die Frage nach dem systematischen Zusammenhang von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs stellte und es für möglich hielt, daß beide Rechtsgebiete als Teile eines übergeordneten Wettbewerbsrechts aufgefaßt werden könnten ⁶³⁾. Mit der Annahme eines solchen übergreifenden "Sinnzusammenhangs" läßt sich schwerlich ein reines Individualschutzkonzept vereinbaren.

57) MuW 1930, 390.

58) In: Festgabe Pinner (1932), 254 ff.

59) Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht (1932).

60) a.a.O. 393.

61) a.a.O. 275 f, vgl. auch 261, 270 ff.

62) a.a.O. 32.

63) a.a.O. 9 ff, 15; vgl. in der Folge Tschierschky KartR 1935, 864 ff.

d) Wiederbelebung der Schutzgutfrage

Die sozialrechtlichen Tendenzen bewirkten im Schrifttum auch ein Wiederaufleben der Schutzgutfrage. Bis zu diesem Zeitpunkt war es nahezu selbstverständlich gewesen, das Schutzgut des UWG in einem subjektiven absoluten Recht, und zwar entweder in einem besonderen Persönlichkeitsrecht an der gewerblichen Betätigung oder in einem eigentumsähnlichen Recht am Unternehmen zu sehen ⁶⁴⁾. Während die Vertreter der neuen Richtung in ihrer Mehrheit zunächst versuchten, an einem "klassischen" Schutzgut festzuhalten ⁶⁵⁾, erkannte Elster schon recht frühzeitig, daß man das geschützte Rechtsgut des UWG wegen der Vielfalt der Interessenberührung nicht mehr in einem subjektiven absoluten Recht sehen konnte, sondern "vorherrschend in dem Schutz allgemein objektiver Anständigkeit des Verkehrs" ⁶⁶⁾; das UWG bezweckte danach also den Schutz einer objektiven Verhaltensordnung. Elster hat diesen Gedanken später dahin ausgebaut, daß er die Wettbewerbsordnung als solche geschützt ansah ⁶⁷⁾. Einen ähnlichen Weg beschritt Isay, indem er das Berufsethos der Gewerbetreibenden zum Schutzgut des UWG erhob ⁶⁸⁾. Isay wollte mit seiner Lehre zwar der wettbewerbsrechtlichen Verknüpfung individueller und öffentlicher Interessen eine rein individualrechtliche Deutung geben; aber auch das unter Verzicht auf den subjektivrechtlichen Rechtesschutz postulierte "Berufsethos" ist

64) Vgl. im einzelnen die Darstellungen bei Knöpfle, Rechtsbegriff "Wettbewerb" (1966), 35 ff; Schrauder (FN 16), 110 ff; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 40 ff; jeweils m.w.N. Siehe auch unten § 8 V 1.

65) Alexander-Katz (FN 52), 2; Rosenthal (FN 42); § 1 UWG, Note 1; Reimer (FN 53), Bd. 1, 56 ff, Bd. 2, 502 f; vgl. auch später Nerreter, Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts (1936), 61, 86 ff; Heinrich Lehmann, Handel und Gewerbe, 2. Aufl. (1942), 101.

66) Elster (FN 4), 89, FN 1.

67) Elster KartR 1934, 375, 378 f; ders. ZAKDR 1935, 614, 615; ders. Wettbewerbsrecht (1941), 3.

68) Isay, Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts (1933), 54 ff, 62.

nichts anderes, als eine objektive Verhaltensordnung, die auch dem Interesse der Allgemeinheit dient. Das wurde später klar von Ulmer erkannt, der neben die Interessen der Mitbewerber und Abnehmer das "Interesse des Volksganzen an einer gesunden und sauberen Ordnung des Wirtschaftslebens" stellte und die Suche nach einem geschützten Rechtsgut bewußt aufgab ⁶⁹⁾. In seinem bahnbrechenden Aufsatz ersetzte Ulmer die Frage nach dem geschützten Rechtsgut durch die Frage nach Ziel und Zweck der gesetzlichen Ordnung; das aber ist nichts anderes als die Frage nach den geschützten Interessen. Seither ist die Auffassung weit verbreitet, daß Zweck des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb ein umfassender Interessenschutz mittels objektiver Verhaltensnormen ist ⁷⁰⁾.

5. Gemeinschaftsbezogener Verhaltensmaßstab

nach § 1 UWG

Die zur Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG gegebene Begründung, daß es Zweck des UWG sei, den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegenzutreten, wurde später zu einer gängigen Formel - Schwartz ⁷¹⁾ spricht von einem "Lehrsatz" - auch dann, wenn es darum ging, das Allgemeininteresse - oder was man dafür hielt - unmittelbar im Rahmen des § 1 UWG,

69) Ulmer GRUR 1937, 769, 772. Zu den nationalsozialistischen Verirrungen s. oben § 10 (S. 227 ff).

70) Zuerst entwickelt von Hefermehl in Baumbach-Hefermehl, 6. Aufl. (1951), Allg. III Anm. 3, 4 und 7. Aufl. (1956), Allg. Rdnr. 42 ff, 56; vgl. zum heutigen Stand 11. Aufl. (1974), Einl. UWG, Rdnr. 44 ff, m.w.N.

71) GRUR 1967, 333, 340.

also bei der Bildung wettbewerbsrechtlicher Verhaltensnormen, zu berücksichtigen⁷²⁾. Am augenfälligsten vollzog sich der Umschwung von der rein individualrechtlichen zur sogenannten sozialrechtlichen Betrachtungsweise bei der Beurteilung einer damals wie heute recht beliebten Werbeform: des massenweisen Verschenkens von Werbeware⁷³⁾. Der Bundesgerichtshof (BGH) knüpfte an die Rechtsprechung des Reichsgerichts - mit Abweichungen - an und hat dem Allgemeininteresse bis in die neueste Zeit hinein für zahlreiche, sehr unterschiedliche Fallgruppen Bedeutung zuerkannt. Diese Erweiterung des Schutzbereichs des UWG fand im Grundsatz auch in der Rechtslehre schließlich nahezu ungeteilte Zustimmung⁷⁴⁾. Erst in jüngerer Zeit, seit dem vielbeachteten Aufsatz von Schwartz⁷⁵⁾, ist an der Berücksichtigung des Allgemeininteresses im Unlauterkeitsrecht, vor allem im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG, grundsätzliche Kritik geübt worden⁷⁶⁾, die ihrerseits nicht ohne Widerspruch geblieben ist⁷⁷⁾.

72) Vgl. z.B. RGZ 149, 224, 228 - Präservativwerbung; RG GRUR 1936, 810, 812 - Diamantine; BGH GRUR 1955, 541, 542 - Bestattungswerbung; GRUR 1967, 430, 431 - Grabsteinaufträge I; GRUR 1971, 317, 318 - Grabsteinaufträge II; BGHZ 19, 392, 397 - Freiburger Wochenbericht; BGH GRUR 1959, 285, 287 - Bienenhonig; GRUR 1959, 277, 279 - Künstlerpostkarten; GRUR 1960, 382, 384 - Verbandsstoffe; GRUR 1965, 315, 316 - Werbewagen; BGHZ 54, 188, 190 = GRUR 1970, 523, 524 - Telefonwerbung; GRUR 1973, 210, 211 - Telex-Werbung; BGH NJW 1975, 691 - Werbung am Unfallort II; aus der umfangreichen Judikatur der Untergerichte vgl. nur OLG Hamm WRP 1975, 45 - Kraftfahrzeugnummernschilder; OLG München NJW 1955, 1682.

73) Grundlegend RG GRUR 1936, 810, 812 - Diamantine.

74) Vgl. vorerst statt vieler Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 38 f; 45 ff m.w.N.

75) GRUR 1967, 333.

76) Burmann WRP 1967, 71, 240, 385; WRP 1968, 258; Samwer GRUR 1969, 326; Prölss ZHR 132 (1969), 35, 77; Kraft, Festschrift Bartholomeyczik (1973), 223; Willemer, GWB-Einwendungen gegen UWG-Ansprüche (1975), 25 ff; ders. WRP 1976, 16, 18; Nordemann GRUR 1975, 625, 627, 629.

77) Eine Auseinandersetzung mit der neueren Kritik findet sich vor allem bei Nastelski GRUR 1969, 322; Sack GRUR 1970, 493; ders. WRP 1974, 247; Ott, Festschrift Raiser (1974), 403; Kramer GRUR Int. 1974, 195, 200 ff; Lehmann, Mitarbeiterfestschrift Ulmer (1973), 321; Joerges RabelsZ 1972, 421, 461 ff; Lindacher BB 1975, 1311; jeweils m.w.N.

§ 2. DAS ALLGEMEININTERESSE IN DER RECHTSPRECHUNG (BESTANDSAUFNAHME)

Der Meinungsstreit entzündete sich in erster Linie an zwei besonders markanten Fallgruppen, die darum beispielhaft skizziert werden sollen: Dem bereits erwähnten massenweisen Verschenken von Waren (I) und der unentgeltlichen Verteilung von Anzeigenblättern mit redaktionellem Teil (II). Die große praktische Bedeutung des Meinungsstreits zeigt sich aber erst, wenn man sich auch die übrigen Fallgruppen, in denen das Allgemeininteresse zur Bildung wettbewerbsrechtlicher Verhaltensnormen in irgendeiner Form herangezogen wird, vergegenwärtigt (III) und wenn man sich in diesem Zusammenhang Klarheit verschafft über die wichtigsten Argumente, bei denen typischerweise ein Bezug zum Allgemeininteresse hergestellt wird (IV); schließlich verdienen auch die typischen Argumentationsketten, mit deren Hilfe an den Begriff der guten Sitten angeknüpft wird, unsere Aufmerksamkeit (V).

I. ERSTES HAUPTBEISPIEL: MASSENWEISE UNENTGELTLICHE VERTEILUNG VON WARE

1. Reichsgericht

Das Reichsgericht erklärte in seinem grundlegenden Diamantine-Urteil die massenweise Verteilung von Gutscheinen zum Gratisbezug einer Dose Schuhcreme (Wert etwa 0,22 RM) für unlauter: Die fragliche Werbung verstoße "insbesondere nach heutiger Rechts- und Wirtschaftsauffassung" gegen allgemein gültige Grundsätze kaufmännischer Betriebsführung, da wirtschaftlich unvernünftige Werbung betrieben werde und Ware "entgegen ihrem bestimmungsgemäßen Zweck, dem Verbraucher auf dem Wege eines entgeltlichen Umsatzgeschäfts zugeführt zu werden", verschenkt werde. Darüber hinaus gefährde das

Verschenken von Waren das wirtschaftliche Leben im allgemeinen, führe zu einer "unerträglichen Verschärfung und Entartung" des Wettbewerbskampfes, zu einer "unangemessenen, übertriebenen Belastung der Wirtschaft", indem es die Mitbewerber zur Nachahmung nötige. Der Warenabsatz werde dadurch mit zusätzlichen Kosten belastet, die schließlich auf die Allgemeinheit in Form erhöhter Preise abgewälzt würden. Es werde zudem eine "der Volkswirtschaft abträgliche Bedarfsdeckung" herbeigeführt, die gegen das "gesunde Volksempfinden" verstoße ¹⁾. Mit diesen Argumenten setzte sich das Reichsgericht ganz entschieden - entgegen seiner anderslautenden Behauptung ²⁾ - faktisch für die kapitalschwachen mittelständischen Betriebe ein, die durch die kostspielige Werbung der Großunternehmen, die sie nicht mitmachen konnten, ins Hintertreffen zu geraten drohten ³⁾. An seiner Begründung, die auf ein generelles Verbot unentgeltlicher Zuwendungen zu Werbezwecken hinausläuft, hielt das Reichsgericht auch in seinen späteren Urteilen fest ⁴⁾. Es faßte seine Auffassung dahin zusammen, daß das Verschenken von Ware "nach allgemeinen Wirtschaftsgrundsätzen" unzulässig sei ⁵⁾ und daß die Bedarfsdeckung "nach kaufmännischen Wirtschaftsgrundsätzen und aus Gründen des Allgemeinwohls dem entgeltlichen Warenabsatz vorbehalten bleiben" solle ⁶⁾.

1) RG GRUR 1936, 810, 812 f.

2) RG GRUR 1936, 810, 811.

3) In diesem Sinne vgl. auch bereits Nerreter GRUR 1939, 98, 106.

4) RG GRUR 1938, 207, 209 f - Persil; GRUR 1938, 849, 852-Eierbriketts; RGZ 160, 385, 388 f - Lockenwickler; vgl. auch KG GRUR 1939, 314, 315 f - Melitta II.

5) RG GRUR 1938, 849, 852.

6) RGZ 160, 385, 389.

2. Bundesgerichtshof

Diese betriebswirtschaftlichen und wirtschafts-
politischen Argumente wurden in der Nachkriegszeit
von den Untergerichten zunächst kritiklos übernommen ⁷⁾.
Der BGH bestätigte zwar ausdrücklich die Ergebnisse
der Rechtsprechung des Reichsgerichts ⁸⁾, setzte jedoch
andere Akzente in der Begründung, die zu einer schritt-
weisen Lockerung in der Abwehr des Werbeschenkens führ-
ten ⁹⁾. Die unentgeltliche Abgabe von Waren sollte
nicht mehr allein wegen ihrer Unentgeltlichkeit unzu-
lässig sein. Im Vordergrund aller Überlegungen stand
nunmehr die Sicherung des Bestands des Wettbewerbs. Es
verstoße gegen die Grundlagen der bestehenden Wirtschafts-
und Wettbewerbsordnung, wenn eine Werbemethode den Be-

7) Vgl. LG Köln GRUR 1952, 428, 430 - Toilettenseife;
OLG Nürnberg WRP 1956, 132 - Wochenzeitschrift;
OLG München GRUR 1957, 384, 386 - Schreibgarnitur;
eine fast wörtliche Übernahme der "Lockenwickler-
Argumentation" findet sich auch in einem Fall kosten-
loser Kundenbeförderung: OLG München NJW 1955, 1681 f;
vgl. auch OLG Koblenz WRP 1958, 251.

8) BGHZ 23, 365 - Suwa.

9) Vgl. vor allem BGHZ 43, 278 - Kleenex (Berufungsur-
teile: OLG Hamburg GRUR 1965, 489 - Kleenex I und
WRP 1966, 221 - Kleenex II) und BGH WRP 1969, 154 -
Goldener Oktober (Berufungsurteil: OLG Koblenz WRP
1967, 284); die Verfahren führten zur Verneinung eines
Wettbewerbsverstosses aus tatsächlichen Gründen. Vgl.
auch den Sonderfall BGH GRUR 1967, 256, 258 - "stern":
Die kostenlose Überlassung einer Zeitschriftennummer
an den Großhandel zum Ausgleich für dessen Mehrauf-
wendungen beim Vertrieb überschwerer Hefte wurde als
zulässig angesehen, da keine Anhaltspunkte für eine
Gefährdung der Allgemeinheit gegeben seien. Zur Ent-
wicklung der Rechtsprechung vgl. auch Becher NJW 1966,
1289 und Lehmann, Die Werbung mit Geschenken (1974),
111 ff; Hammer, Die unentgeltliche Vergabe von
Originalwaren (1970), 13 ff.

stand des Wettbewerbs aufhebe, "indem sie für eine geraume Zeit den Mitbewerbern schlechthin die Möglichkeit nimmt, überhaupt noch weiterhin an dem grundsätzlich allen offenstehenden Wettbewerb teilzunehmen". Diese Wirkung sei dem örtlich und zeitlich konzentrierten Verteilen von Originalwaren (Waren in handelsüblicher Einheit) wie von Warenproben (Waren in nichthandelsüblichen, zumeist kleineren Einheiten) eigen, sofern dadurch der Verbraucherbedarf an vergleichbaren Waren für einen begrenzten Zeitraum gedeckt und so die ernste Gefahr einer wenn auch vorübergehenden Marktverstopfung verursacht werde. Hierbei sei zu berücksichtigen, daß eine Wettbewerbshandlung, die im Einzelfall wegen ihrer geringfügigen Auswirkung vielleicht noch hingenommen werden könne, im Rahmen der nach § 1 UWG gebotenen Gesamtwürdigung die Gefahr einer gemeinschaftsschädigenden Störung des Wettbewerbs begründe, wenn damit zu rechnen sei, daß sie Nachahmer finde ¹⁰⁾.

Derartige Schenkaktionen brächten zudem die Gefahr mit sich, daß der Beschenkte sich an den Gebrauch oder Verbrauch der verschenkten Ware gewöhne und daher die Angebote der Mitbewerber nicht mehr unbeeinflußt prüfe. Diese Form der Werbung widerspreche damit "im Ansatzpunkt dem im Allgemeininteresse zu beachtenden Grundsatz des Leistungswettbewerbs" ¹¹⁾.

10) Grundlegend BGHZ 23, 365, 371 ff, 375 - Suwa; anschließend BGH GRUR 1957, 363, 364 - Sunil; GRUR 1957, 600, 601 - Westfalen-Blatt; BGHZ 43, 278, 281 ff = GRUR 1965, 489, 491 - Kleenex; BGH WRP 1969, 154, 155 ff - Goldener Oktober; GRUR 1975, 26, 29 - Colgate (Berufungsurteil: OLG Köln WRP 1973, 659); aus der Rechtsprechung der Untergerichte vgl. OLG Hamm WRP 1966, 107, 108 f - Limonade; LG Frankfurt WRP 1968, 13 - "2000 Bauernbrote"; OLG Stuttgart GRUR 1970, 192 - "10.000 Farbfilme"; AfP 1975, 381 - Kostenlose Kleinanzeigen.

11) BGHZ 43, 278, 284 - Kleenex; BGH GRUR 1975, 26, 29 - Colgate- und die Vorinstanz: OLG Köln WRP 1973, 659, 662, 664.

Das Verbot solcher Werbeformen beschränke nicht etwa in unzulässiger Weise die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung; denn das Unzulässige des Wettbewerbsverhaltens liege hier gerade in einem Mißbrauch wirtschaftlicher Freiheit, der ein geordnetes Wettbewerbsleben gefährde und deshalb vom sittlich-rechtlichen Bewußtsein des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden ebenso abgelehnt werde wie von der Allgemeinheit ¹²⁾.

Während der BGH sich in seinem grundlegenden Urteil vom 22.2.1957 (1. Senat) zwar von den betriebswirtschaftlichen und wirtschaftspolitischen Erwägungen des Reichsgerichts distanzierte ¹³⁾, auf der anderen Seite aber nachdrücklich den Schutz der mittleren und kleineren Wettbewerber betonte ¹⁴⁾, stellte er mit Urteil vom 26. Februar 1965 (1b. Senat) klar, daß im Rahmen der "guten Sitten" des § 1 UWG auch unter Berücksichtigung des Interesses der Allgemeinheit für derartige "wirtschaftspolitische, der heutigen Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung nicht mehr entsprechende Erwägungen" kein Raum sei; es komme nicht darauf an, ob kapital-schwächere Wettbewerber wirtschaftlich in der Lage seien, sich derselben Werbemethode zu bedienen ¹⁵⁾. Mit dieser Feststellung sollten wohl die Kritiker ¹⁶⁾ des Suwa-Urteils zufriedengestellt werden.

12) BGHZ 23, 365, 375 - Suwa.

13) BGHZ 23, 365, 375; vgl. auch BGH GRUR 1957, 600, 601 - Westfalen-Blatt.

14) BGHZ 23, 365, 371 ff; vgl. auch BGH GRUR 1957, 363, 364 - Sunil.

15) BGHZ 43, 278, 283 - Kleenex.

16) Walther WRP 1957, 161; Döll BB 1965, 173 ff; v. Har-der GRUR 1962, 439 ff; zustimmend D. Reimer GRUR Int. 1958, 159, 165. Zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung vgl. bereits kritisch Würdinger WuW 1955, 71 und Seydel MA 1956, 83; Burchard GRUR 1956, 163, 168.

II. ZWEITES HAUPTBEISPIEL: UNENTGELTLICHE VERTEILUNG VON ANZEIGENBLÄTTERN MIT REDAKTIONELLEM TEIL

Die kostenlose Verteilung von zeitungssähnlich aufgemachten sogenannten Anzeigenblättern hat seit den fünfziger Jahren einen gewaltigen Aufschwung erlebt ¹⁷⁾. Der BGH konnte sich in den beiden Grundsatzverfahren, in denen er mit dieser besonderen Wettbewerbsform befaßt wurde, aus tatsächlichen Gründen nicht zu einem Verbot entschließen ¹⁸⁾. Die Urteile verdienen jedoch besondere Beachtung, da der BGH neben der Sicherung des Bestands des Wettbewerbs den verfassungsrechtlich gesicherten Schutz der Presse als Trägerin der öffentlichen Meinung hervorhob und diesem Gesichtspunkt unter Hinweis auf die sozialrechtliche Zielsetzung des UWG grundsätzliche Bedeutung bei der Bildung des Unlauterkeitsurteils zuerkannte ¹⁹⁾.

In seinem Urteil vom 27. Januar 1956 ²⁰⁾ nahm der BGH zunächst die Diamantine- und Lockenwickler-Argumentation auf und betonte, daß die Grenzen sachlicher und wirt-

- 17) Zur geschichtlichen Entwicklung und zum Ausmaß jetziger Verbreitung der Anzeigenblätter vgl. Dense, Die rechtliche Problematik der Anzeigenblätter (1974), 15 ff.
- 18) BGHZ 19, 392 - Freiburger Wochenbericht = NJW 1956, 588 mit kritischer Anm. Dunz 1318; BGHZ 51, 236 - Stuttgarter Wochenblatt I = GRUR 1969, 287 mit Anm. Hefermehl 291 = JZ 1969, 792 mit kritischer Anm. Kull 796; BGH NJW 1971, 2025 - Stuttgarter Wochenblatt II.
- 19) Vgl. dazu zustimmend Kübler/Simitis JZ 1969, 445, 451 f; Ulmer AfP 1975, 870, 876; ablehnend Dunz NJW 1956, 1318; Kull JZ 1969, 796; differenzierend Schmitt-Glaeser NJW 1971, 2012.
- 20) BGHZ 19, 392, 398 f - GRUR 1956, 223, 225 - Freiburger Wochenbericht. Zuvor hatten sich bereits mehrfach die Untergerichte mit dieser Fallgestaltung zu befassen. Hier interessiert nur OLG Celle GRUR 1955, 1682: die kostenlose Verteilung eines Anzeigenblatts wurde als lauter angesehen, weil es sich nicht um eine wirtschaftlich unvernünftige Maßnahme handele; die Grundlagen einer "vernünftigen ausgewogenen Preisgestaltung" seien nicht verlassen worden (1683).

schaftlich vernünftiger Werbung eingehalten werden müßten; eine Wettbewerbshandlung dürfe "niemals zu einer untragbaren allgemeinen Beunruhigung des wirtschaftlichen Lebens führen". Anschließend führte er aus, daß die kostenlose Verteilung eines sogenannten Anzeigenblattes, das infolge der Hinzufügung eines redaktionellen Teils in den Augen eines nicht unerheblichen Teils des Publikums als "Zeitung" angesehen wird, gegen die "guten Sitten" des Wettbewerbs verstoße, wenn dadurch ein Inseratenverlust bei den übrigen Tageszeitungen eintrete, der deren Bestand ernsthaft gefährde. Die Presse könne "ihre hohen staatspolitischen Aufgaben als Trägerin und Gestalterin der öffentlichen Meinung, als Organ des Nachrichtenwesens und als gesundes Gegengewicht gegenüber unerwünschten Machtkonzentrationen nur erfüllen, wenn sie auch den gebührenden Schutz" erfahre.

Das Urteil vom 18. Dezember 1968 ²¹⁾ brachte folgende Variante: Zwar habe niemand einen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenkreises; die übrigen Zeitungsverleger brauchten es jedoch nicht hinzunehmen, wenn ihre Wettbewerbslage dadurch verschlechtert werde, daß ihnen Inseratenaufträge durch zeitungsfähnliche Anzeigenblätter mit redaktionellem Teil entzogen würden. Insbesondere kleinere Zeitungen seien von dem drohenden Inseratenverlust betroffen. Eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation dieser Presseerzeugnisse laufe den "erheblichen Interessen der Allgemeinheit am Bestand eines leistungsfähigen Pressewesens", das "schlechthin konstituierend für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung" sei, zuwider. Dieser grundlegenden Bedeutung eines freien Pressewesens müsse auch "die Art und Weise, in der sich ein Verleger im Wettbewerb mit anderen Presseorganen

21) BGHZ 51, 236 = GRUR 1969, 287, 289 f - Stuttgarter Wochenblatt I.

durchzusetzen versucht, Rechnung tragen". Zwar genieße auch das Anzeigenblatt grundsätzlich den Schutz des Art. 5 GG; es wäre jedoch ein "individualistisches Mißverständnis" der Pressefreiheit, wolle man diese einseitig unter dem Blickpunkt freier verlegerischer Entfaltung des einzelnen begreifen und die Schutzfunktion außer acht lassen, die Art. 5 GG für die Erhaltung eines freien Pressewesens als Institution habe. Es komme also "nicht allein auf eine bereits nachweisbar eingetretene Beeinträchtigung speziell der Klägerin, sondern vor allem auch darauf an, mit welchen Auswirkungen für den künftigen Wettbewerb auf dem Gebiet des Pressewesens unter Berücksichtigung von Nachahmungsgefahren ernstlich zu rechnen" sei.

Damit wurde das Verfahren zur weiteren Sachaufklärung an das OLG Stuttgart zurückverwiesen. Der Nachweis einer Beeinträchtigung einzelner Presseorgane oder des Pressewesens als solchem konnte indessen auch "im zweiten Anlauf" nicht geführt werden. Der BGH, erneut mit der Sache befaßt ²²⁾, schraubte allerdings auch die an einen solchen Nachweis zu stellenden Anforderungen in die Höhe ²³⁾: Da das Stuttgarter Wochenblatt nur einmal wöchentlich erscheine und der redaktionelle Teil erheblich geringer sei als der einer Tageszeitung, sei der Nachweis einer konkreten Schädigung oder nicht unerheblichen Behinderung mindestens eines Presseorgans im Stuttgarter Raum erforderlich. Möglichen, aber durchaus nicht sicher feststellbaren künftigen Entwicklungen möge der Gesetzgeber vorbeugen, falls ihm durch die kostenlose Verteilung von Anzeigenblättern mit redaktionellem Teil der Bestand eines freien Pressewesens ernsthaft gefährdet erscheine ²⁴⁾.

22) BGH NJW 1971, 2025 f - Stuttgarter Wochenblatt II = WRP 1971, 269, 270 f.

23) Vgl. dazu im einzelnen Schmitt-Glaeser NJW 1971, 2012 ff; Wenzel AfP 1975, 887, 889.

24) Das OLG Saarbrücken (NJW 1971, 892, 894) hatte demgegenüber mit Beschl. v. 31.1.1971 unter Berufung auf BGHZ 19, 392 - Freiburger Wochenbericht und BGHZ 51, 286 - Stuttgarter Wochenblatt I einen Sittenverstoß unter Verzicht auf einen konkreten Schadensnachweis angenommen.

III. DIE WEITEREN FALLGRUPPEN (ÜBERBLICK)

Auf das Allgemeininteresse wird in weiteren zahlreichen Fallgestaltungen zur Bildung wettbewerbsrechtlicher Verhaltensnormen nach § 1 UWG Bezug genommen. Der diffuse Begriff des Allgemeininteresses umfaßt dabei die unterschiedlichsten Wertungsgesichtspunkte, die nur zum Teil schon von den gerade aufgeführten Fallgruppen her bekannt sind. Da die meisten dieser Argumente in mehreren Fallgruppen eine Rolle spielen und häufig auch untereinander kombiniert werden, erscheint es sinnvoll, zunächst einen Überblick über die betroffenen Fallgruppen zu geben und sodann die jeweils charakteristischen Argumente und Argumentationsweisen im Zusammenhang darzustellen.

1. Verbraucherbezogene Unlauterkeit

Von besonderer Häufigkeit ist die Heranziehung öffentlicher Interessen in den Fällen, in denen es um eine wettbewerbswidrige Beeinflussung der Kaufentscheidung des Kunden geht. Man spricht hier am besten von verbraucherbezogener Unlauterkeit ²⁵⁾. Eine Berührung mit dem Allgemeininteresse besteht hier insbesondere bei den vielfältigen Erscheinungsformen der Wertreklame ²⁶⁾, bei der belästigenden ²⁷⁾ und gefühlsbetonten ²⁸⁾ Werbung sowie bei der Laienwerbung ²⁹⁾.

25) Der Ausdruck stammt von Burmann WRP 1968, 258, 263 f. Der von Hefermehl in Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 4 ff verwandte Begriff "Kundenfang" erscheint zu wenig präzise.

26) Baumbach-Hefermehl: "Kundenbestechung" (§ 1 UWG, Rdnr. 52 ff) und "Verlockung durch aleatorische Reizmittel" (§ 1 UWG, Rdnr. 86 ff).

27) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 40 ff.

28) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 118 ff.

29) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 130 ff.

(1) Bei der *Wertreklame* sind die folgenden konkreten Werbeformen einschlägig:

- Verteilung von Gutscheinen zur Einlösung beim Händler zwecks Anrechnung auf den Kaufpreis ³⁰⁾,
- Verkaufsprämien an Händler ³¹⁾,
- kostenlose Kundenbeförderung zum Geschäftslokal ³²⁾,
- Besichtigungsreisen, die der Information über bestimmte Kaufobjekte, z.B. im Ausland gelegene Grundstücke, dienen ³³⁾,
- Ausflugsfahrten zu Werbezwecken (sog. Kaffeefahrten) ³⁴⁾,
- kostenlose Kraftfahrzeug-Diagnose ³⁵⁾,

30) BGH GRUR 1974, 345 - Geballtes Bunt.

31) Vgl. besonders BGH GRUR 1974, 394, 395 - Verschlusskapsel-Prämie; vgl. auch BGH GRUR 1961, 588 - Einpfennig-Süßwaren.

32) BGH GRUR 1972, 603 - Kunden-Einzelbeförderung; weitere Nachweise bei Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 61 ff; Wedemeyer WRP 1971, 55; Hofmann WRP 1970, 290; Bülow BB 1973, 409; Tetzner NJW 1973, 1099.

33) BGH GRUR 1972, 367 - Besichtigungsreisen.

34) Vgl. aus letzter Zeit: OLG Celle GRUR 1970, 93; OLG Frankfurt WRP 1971, 135; OLG Karlsruhe WRP 1973, 167; LG München WRP 1974, 435; OLG Hamm WRP 1974, 689; OLG Celle WRP 1975, 158. Weitere Nachweise bei Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 77; Zuck WRP 1970, 208; Walter WRP 1970, 293; Wedemeyer WRP 1972, 117; Schulze zur Wiesche NJW 1974, 2111.

35) BGH GRUR 1971, 162 - Diagnose-Zentrum, mit Anm. Knopp 164.

- Vorspannangebote (eine zumeist branchenfremde "Nebenware" wird zu einem besonders günstigen Preis angeboten und damit als Lockmittel für den Kauf einer zum marktüblichen Preis angebotenen "Hauptware" eingesetzt) ³⁶⁾,
- Veranstaltung von Preisausschreiben und sonstigen Gewinnspielen, insbesondere wenn zur Teilnahme an diesen Veranstaltungen das Betreten des Geschäfts erforderlich ist ³⁷⁾,
- progressive Kundenwerbung ³⁸⁾.

(2) Bei der *belästigenden* Werbung handelt es sich um folgende Fälle:

- aufdringliche Straßenwerbung ³⁹⁾,

- 36) BGH WRP 1975, 672 mit Anm. Borck 674 - Vorspannangebot = NJW 1976, 51 = BB 1975, 1498, mit Anm. Fezer 1500; BGH WRP 1976, 555 - Rustikale Brettchen; BGH WRP 1976, 557 - Kochbuch; von den sehr zahlreichen Entscheidungen der Untergerichte vgl. LG Frankfurt WRP 1974, 508 - Kochbuch; LG München WRP 1975, 57 - Kochbuch; OLG Düsseldorf WRP 1974, 279 - Segeltuchtasche; LG Hamburg WRP 1974, 579 - Brettchen; OLG München WRP 1974, 569 - Opalglasschale; LG Hamburg WRP 1975, 184 - Taschen-Radio; LG München WRP 1975, 540 - Reisetasche; OLG München WRP 1975, 307 - Beckenbauer-Buch; KG Berlin WRP 1975, 448 - Armbanduhren; OLG Frankfurt WRP 1976, 321 - Schweizer Armbanduhren; WRP 1976, 618 - Heimwerker-Buch; LG Stuttgart NJW 1976, 1270 (Vorinstanz) und OLG Stuttgart WRP 1976, 723 = NJW 1977, 682 - Tierbuch; OLG Köln WRP 1977, 119 - Foto-Alben; OLG Frankfurt WRP 1977, 645 - Schlüsselkästchen; KG Berlin WRP 1977, 789 - Farbnegativfilm; aus der Literatur vgl. Hefermehl GRUR 1974, 542; Borck WRP 1975, 1 und 75; Sack WRP 1975, 65; Schmeding WRP 1974, 305; Hoth GRUR 1976, 219; Schricker-Lehmann WRP 1977, 289; Münch WRP 1977, 533.
- 37) Vgl. BGH GRUR 1973, 81 - Gewinnübermittlung; GRUR 1973, 418 - Das goldene A; GRUR 1973, 591 - Schatzjagd; GRUR 1974, 156 - Geld-Gewinnspiel; WRP 1976, 100 - Mars; NJW 1977, 2075 - Kaffee-Verlosung.
- 38) Vgl. BGHZ 15, 356; OLG Hamburg MDR 1951, 492; RGZ 115, 330; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 115 ff.
- 39) Vgl. BGH GRUR 1965, 315 - Werbewagen; KG WRP 1973, 156 - Hochzeitsfotograf; OLG Hamm WRP 1975, 45 und BGH GRUR 1960, 431 - Kraftfahrzeugnummernschilder: Ansprechen von Besuchern beim Verlassen einer Kraftfahrzeug-Zulassungsstelle.

- Unfallwerbung ⁴⁰⁾,
- Bestattungswerbung ⁴¹⁾,
- Telefon- und Telexwerbung ⁴²⁾,
- Zusendung unbestellter Ware ⁴³⁾,
- sogenannte geschmacklose Werbung ⁴⁴⁾.

(3) *Gefühlsbetonte Werbung* umfaßt die folgenden hier einschlägigen Fallgestaltungen:

- gefühlsbetonte Werbung i.e.S., wie z.B. Appelle an das soziale Mitleid ⁴⁵⁾,
- Werbung mit der Angst (z.B. vor Geldentwertung) ⁴⁶⁾,
- Gesundheitswerbung ⁴⁷⁾,
- Suggestivwerbung ("Appell an das Unbewußte") ⁴⁸⁾.

40) BGH NJW 1975, 689 - Werbung am Unfallort I; NJW 1975, 691 - Werbung am Unfallort II.

41) RGZ 145, 396 - Bestattungsfirma; RGZ 162, 337 - Bestattungswerbung; BGH GRUR 1955, 541 - Bestattungswerbung; GRUR 1967, 430 - Grabsteinaufträge I; GRUR 1971, 317 - Grabsteinaufträge II; BVerfG NJW 1972, 573, mit Anm. Schröder 675 - Grabsteinaufträge; OLG Karlsruhe WRP 1973, 231 - Grabsteinwerbung.

42) BGH GRUR 1970, 523 - Telefonwerbung; GRUR 1973, 210 - Telex-Werbung; LG Berlin WRP 1973, 548 - Anrufe im gewerblichen Bereich; OLG München WRP 1976, 61; KG WRP 1975, 445 - briefliche Ankündigung von Werbeanrufen; OLG Hamburg BB 1975, 1546 - Anrufe im gewerblichen Bereich; zu den beiden zuletzt genannten Urteilen vgl. Bülow GRUR 1976, 180.

43) Vgl. BGH GRUR 1959, 277 - Künstlerpostkarten; GRUR 1960, 382 - Verbandsstoffe; GRUR 1966, 47 - Indicator (Vorinstanz: OLG München DW 1963, 37).

44) Vgl. BGH NJW 1970, 1457 - Erotik in der Ehe.

45) Vgl. BGH GRUR 1968, 44 - Schwerbeschädigtenbetrieb; OLG Hamm DW 1969, 47 - Gemeinnützige Schwerbeschädigten-Werkstätten; BGH NJW 1976, 753 - UNICEF-Grußkarten; LG Trier NJW 1976, 755, mit Anm. Lindacher; Meydam GRUR 1970, 399.

46) Vgl. LG Frankfurt WRP 1971, 86 - "Brillanten contra Inflation"; dazu Tetzner MDR 1975, 281; Girth/Sack WRP 1974, 181.

47) BGHZ 47, 259 - Gesunder Genuß; BGH GRUR 1971, 153 - Tampax; dazu W. Müller WRP 1971, 295.

48) Vgl. dazu Loewenheim GRUR 1975, 99.

(4) *Laienwerbung* betrifft den zumeist massenweisen Einsatz von sachunkundigen Werbern, die durch hohe Werbeprämien zu einer fortgesetzten Suche nach neuen Kunden angehalten werden ⁴⁹⁾.

2. Behinderung der Mitbewerber

Öffentliche Interessen haben auch die wettbewerbsrechtliche Beurteilung verschiedener Behinderungstatbestände beeinflusst.

(1) Es handelt sich insbesondere um die Behinderung der Mitbewerber durch *Störungen des Marktgefüges* ⁵⁰⁾, wie z.B. neben den schon behandelten Fällen der Marktverstopfung:

- Absatzbehinderung durch Umtausch fremder gegen eigene Ware ⁵¹⁾, durch Eintritt in die Kundenbestellung fremder Ware ⁵²⁾ sowie durch Überlassung herstellereigenen Verkaufspersonals an den Handel ⁵³⁾,
- nicht leistungsbezogene Zuwendungen auf der Händlerstufe, wie z.B. das Fordern oder Gewähren von "Eintrittsgeldern" (sog. "Anzapfen") ⁵⁴⁾.

49) Vgl. BGH GRUR 1959, 285 - Bienenhonig; OLG Karlsruhe GRUR 1969, 224 - Zeitungswerbung; GRUR 1970, 144 - Waschmaschinenwerbung.

50) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 153 ff; sachlich hierher gehört auch BGHZ 28, 54 - Direktverkäufe; das Urteil verneint jedoch eine wettbewerbsrelevante Behinderung durch Direktgeschäfte.

51) Vgl. OLG Düsseldorf GRUR 1950, 191 - Rasierklingen; BGHZ 3, 339 - Rasierklingen.

52) BGH GRUR 1960, 558 - Eintritt in Kundenbestellung.

53) Vgl. OLG Köln WRP 1974, 701 u. 706; Sack WRP 1975, 261, 266; Lukes/Vollmer/Jantke DB 1971, Beilage 17 zu Heft 36; Fezer BB 1971, 806.

54) Vgl. OLG Düsseldorf GRUR 1974, 161 - Regalmiete; OLG Frankfurt DB 1975, 1017 - Eintrittsgelder = BB 1975, 1600, mit abl. Anm. Warzecha 1602 = WRP 1975, 367, mit zust. Anm. Löhr 370; vgl. auch Löhr BB 1976, 247 u. Sack WRP 1975, 261; Loewenheim GRUR 1976, 224.

(2) Aber auch verschiedene Fälle des *Preiskampfes* gehören hierher, z.B.

- Vernichtungsunterbietung ⁵⁵⁾,
- Verkauf unter Selbstkosten ⁵⁶⁾,
- regionale Preisspaltung ⁵⁷⁾.

3. Vergleichende Werbung

Besondere Berührungspunkte mit dem Allgemeininteresse ergeben sich ferner bei der bezugnehmenden vergleichenden Werbung ⁵⁸⁾ sowie in sonstigen Fällen vergleichender Werbung, in denen es an einer Bezugnahme auf einen bestimmten Mitbewerber fehlt ⁵⁹⁾. Hervorhebung verdienen

-
- 55) Grundlegend RGZ 134, 342 - Benzinkampf; vgl. auch ÖOGH ÖBL 1972, 62 - Fernsehgeräte; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 192.
 - 56) Vgl. BGH GRUR 1960, 331 - Schleuderpreise; BGHZ 46, 168 - Bauindustrie; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 193 f m.w.N.; vgl. besonders Spengler, Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln (1955); Becher BB 1953, 297; Rasch WuW 1953, 387; Rheinfels WuW 1956, 785; Henke WRP 1969, 172.
 - 57) Vgl. LG Frankfurt BB 1960, 228; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 196.
 - 58) Aus der nahezu unübersehbaren Literatur vgl. besonders Rinck BB 1960, 949; ders. BB 1962, 105; Schwamberger NJW 1961, 1185; Runge NJW 1961, 1757; Hartmann NJW 1963, 517; Völz WRP 1960, 197; ders. WRP 1961, 135; ders. WRP 1962, 178; ders. WRP 1969, 169; Wenzel GRUR 1969, 522; Brinkmann, Markttransparenz und Wettbewerbsrecht (1962); ders. WRP 1963, 230 u. 268; Jörg, Die vergleichende Werbung unter besonderer Berücksichtigung des Grundgesetzes und der Marktwirtschaft (1966); Eichmann, Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis (1967); Jungbäck, Die vergleichende Werbung als Problem der Wettbewerbsordnung (1970); Ahrens, Die Veröffentlichung vergleichender Werbeträgeranalysen (1974); Kramer GRUR Int. 1974, 195.
 - 59) Vgl. zu FN 45-47.

insoweit

- der Aufklärungsvergleich ⁶⁰⁾,
- Informationen an die Presse über bestimmte Geschäftspraktiken von Konkurrenten oder Eigenschaften von Konkurrenzprodukten, deren Veröffentlichung zu einer vergleichenden Darstellung führen kann ⁶¹⁾,
- Vergleiche mit empfohlenen Verkaufspreisen ⁶²⁾,
- Werbung für Nicht-Markenartikel unter der Bezeichnung "Markenware" oder "Markenqualität" ⁶³⁾.

4. Öffentliche Waren- oder Unternehmenskritik

In den vorliegenden Sachzusammenhang gehören auch diejenigen Fälle öffentlicher unternehmensschädigender Waren- oder Unternehmenskritik, die nach ganz herrschender Ansicht nicht nach Unlauterkeitsrecht, sondern nach dem Recht der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff BGB)

-
- 60) Vgl. besonders einerseits OLG Bremen NJW 1962, 304; LG Tübingen WRP 1963, 20; andererseits BGH GRUR 1967, 596, 598 - Kuppelmuffenverbindung; GRUR 1969, 283, 285 - Schornsteinauskleidung, mit Anm. Harmsen 286 f; GRUR 1971, 159 - Motorjacht.
 - 61) BGHZ 50, 1 - GRUR 1968, 645, 646 f - Pelzversand; dazu Wenzel GRUR 1968, 626; Gärtner JR 1970, 370.
 - 62) BGHZ 42, 134 = BGH GRUR 1965, 96, 100 - 20 % unter dem empfohlenen Richtpreis, mit Anm. Seydel; BGHZ 45, 115 - Richtpreiswerbung I = GRUR 1966, 327, 329, mit Anm. Knopp 337; BGH GRUR 1968, 443, 445 - "40 % können Sie sparen", mit Anm. Knopp 446; OLG Frankfurt GRUR 1968, 320, 321 - Großeinkauf.
 - 63) BGH GRUR 1966, 45, 46 - Markenbenzin; OLG Hamm GRUR 1968, 318 f - "Markenqualität"; LG Nürnberg DW 1968, 35 - Benzin in Markenqualität. Vgl. auch den Fall einer Werbung für Konfektionskleidung mit den Worten "Kleidung wie nach Maß": BGH GRUR 1967, 360, 362. Baumbach-Hefermehl sprechen hier von "Anlehnung an Wertbegriffe" (§ 1 UWG, Rdnr. 435).

auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen sind. Hier entscheidet das Allgemeininteresse bereits darüber, ob überhaupt ein Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbs" vorliegt; gerade wegen des im öffentlichen Interesse verfolgten Zwecks der Unterrichtung der Allgemeinheit wird nämlich das Vorliegen einer Wettbewerbsabsicht verneint und somit eine Ausgliederung der betreffenden Fälle aus dem Wettbewerbsrecht erreicht. Es handelt sich im wesentlichen um folgende Fallgestaltungen: ⁶⁴⁾

- Boykott zur Verfolgung nicht wirtschaftlicher (z.B. sittlicher, religiöser oder politischer) Ziele ⁶⁵⁾, insbesondere Boykottaufrufe von Verbraucherverbänden ⁶⁶⁾,
- Öffentlich verbreitete Warentests ⁶⁷⁾,
- Öffentliche Unternehmens- oder Leistungskritik durch Journalisten ⁶⁸⁾ oder auch Privatleute ⁶⁹⁾,
- Pressefehden ⁷⁰⁾.

64) Zum Ganzen: v. Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung (1971), 6 ff, 256 ff.

65) Vgl. BVerfGE 25, 256, 264 u. BGH GRUR 1964, 77, 80 - Blinkfüer; BGHZ 24, 200, 206 - Spätheimkehrer; OLG Köln NJW 1965, 2345 - Anzeigenboykott; weitere Nachweise bei Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 228 ff. Vgl. auch Weick, Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen (1971); M. Löhr WRP 1975, 581.

66) Vgl. OLG Stuttgart GRUR 1975, 505 = WRP 1975, 611, 612 f - Biz Buin; LG Stuttgart WRP 1975, 619 - Schleichwerbung.

67) Vgl. zuletzt BGH NJW 1976, 620 - Ski-Sicherheitsbindungen = BB 1976, 242, mit Anm. Lachmann 245.

68) Vgl. OLG München WRP 1964, 139.

69) Vgl. BGH NJW 1963, 1872 - Elektronenorgeln; BGH GRUR 1957, 360, 362 - Erdstrahlen; LG Kempten BB 1973, 163; Nettessheim BB 1976, 18.

70) Vgl. nur BGHZ 45, 296 - Höllenfeuer; dazu v. Köller (FN 64), 15, 288 ff; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 211.

5. Einzelfälle

Nicht zuletzt sind in diesem Zusammenhang noch anzuführen

- die "Ausnutzung fremden Vertragsbruchs" z.B. durch Außenseiter vertikaler Preis-⁷¹⁾ und Vertriebsbindungen⁷²⁾,
- die Mißachtung von Ständeanschauungen⁷³⁾,
- der Verstoß gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen, die dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter (z.B. Volksgesundheit⁷⁴⁾, geordnete Rechtspflege⁷⁵⁾) dienen,
- der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz⁷⁶⁾.

71) Vgl. einerseits (Verstoß gegen § 1 UWG): BGHZ 37, 30, 34 - cash and carry; BGH NJW 1964, 917, 918 f - Maggi = GRUR 1964, 320, m. Anm. Knopp; vgl. dazu auch die Besprechung von Koenigs JuS 1965, 384, 387 f. Ferner: Gleiss NJW 1961, 2101; Rasor u. Schiedermaier NJW 1963, 85; Paul NJW 1964, 132; Lieberknecht NJW 1963, 609. - Andererseits (kein Wettbewerbsverstoß): OLG Frankfurt NJW 1963, 1622 = GRUR 1964, 151; LG Osnabrück BB 1962, 1058; ÖOGH GRUR Int. 1959, 243, m. eingehender Übersicht; Merkel NJW 1961, 1751; ders. NJW 1962, 1546; Plassmann JZ 1962, 463; ders. JZ 1963, 273; ders. NJW 1963, 2097.

72) Vgl. nur BGHZ 37, 30, 34 f - cash and carry; BGH GRUR 1968, 272, 274 f - Trockenrasierer III.

73) Vgl. BGH GRUR 1969, 476 - Bierbezug I.

74) Vgl. besonders BGHZ 22, 167 = GRUR 1957, 131, 136 - Arzneifertigwaren; BGHZ 44, 208, 209 - Novo-Petrin; BGH GRUR 1957, 606, 609 - Heilmittelvertrieb, mit Anm. Bußmann; weitere Nachw. bei Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 537, 539.

75) Vgl. BGHZ 48, 12, 17 - Wirtschaftsprüfer; BGH GRUR 1974, 396, 398 - Unfallhelfer-Ring II; OLG Stuttgart GRUR 1975, 558, 560 - Spezialanwälte.

76) Z.B. RG JW 1935, 1091 mit Anm. Utescher; KG GRUR 1938, 84, 85 f - "Mein Sohn, der Herr Minister"; BGH GRUR 1968, 591, 592 - Pulverbehälter; GRUR 1966, 617, 620 - Saxophon; GRUR 1969, 618 - Kunststoffzähne; vgl. auch Luchterhandt GRUR 1969, 581, 590; Baumann WRP 1975, 693 ff; Max, Sittenverstoß bei Ausnutzung nicht geschützter gewerblicher Leistungen (1975); jeweils m.w.N.

IV. ARGUMENTE MIT BEZUG ZUM ALLGEMEININTERESSE

Im folgenden können nur die wichtigsten Argumente genannt werden, bei denen ein Bezug zum Allgemeininteresse hergestellt wird.

1. Schutz der Allgemeinheit vor progressiver Übersteigerung

Eines der am häufigsten gebrauchten Unlauterkeitsargumente ist der Schutz der Allgemeinheit vor progressiver Übersteigerung des Wettbewerbs. Auf den Gebieten der Werteklamme, der belästigenden Werbung und der Laienwerbung erfreut es sich großer Beliebtheit. Vor allem wenn es darum geht, neuartige Werbeformen zu untersagen, fehlt selten der Hinweis auf angebliche gemeinschädliche Folgen, die dann eintreten sollen, wenn das fragliche Wettbewerbsverhalten von den Mitbewerbern nachgeahmt wird. Eine Nachahmungsgefahr wird bei wirksamen Wettbewerbsmethoden - und allein darüber haben die Gerichte in der Regel zu befinden - im allgemeinen unterstellt.

Wenig präzise sind die Formulierungen, mit denen die für die Allgemeinheit schädlichen Folgen umschrieben werden. Da gilt es, die Allgemeinheit vor "Wettbewerbsauswüchsen",⁷⁷⁾ vor einer "Verwilderung der Wettbewerbssitten"⁷⁸⁾, einer

77) Vgl. die o. in § 1, FN 72 aufgeführten Entscheidungen.

78) Vgl. BGH GRUR 1959, 138, 142 - Italienische Note; GRUR 1959, 544, 546 - Modenschau; GRUR 1967, 430, 431 - Grabsteinaufträge I; GRUR 1970, 523, 524 - Telefonwerbung; GRUR 1972, 364 - Mehrwert-Fahrten; OLG Düsseldorf GRUR 1974, 161, 162 - Bettelbriefe; KG WRP 1975, 445, 447 - briefliche Ankündigung von Werbeanrufen; OLG Frankfurt WRP 1971, 135, 137 - Omnibus-Werbefahrt; OLG Stuttgart GRUR 1970, 192, 194 - 10.000 Farbfilme.

"nicht tragbaren Übersteigerung der Werbung" ⁷⁹⁾, einer "untragbaren Beunruhigung des Wirtschaftslebens" ⁸⁰⁾ zu schützen. Der drohenden Entwicklung zu einer "un-gesunden" ⁸¹⁾ bzw. "untragbaren" ⁸²⁾ Marktsituation", zu einer "Verfälschung" ⁸³⁾ bzw. "Beeinträchtigung" ⁸⁴⁾ des Leistungswettbewerbs" soll Einhalt geboten werden; ja sogar das "Ende des (im Allgemeininteresse anzu-strebenden) Leistungswettbewerbs" sieht man herauf-ziehen ⁸⁵⁾. Es wird eine "untragbare Belastung" ⁸⁶⁾ eine "unzumutbare Belästigung" ⁸⁷⁾ der Beteiligten, eine "erhebliche" ⁸⁸⁾ bzw. "untragbare Belästigung der All-gemeinheit" ⁸⁹⁾ befürchtet.

-
- 79) BGH GRUR 1972, 367, 369 - Besichtigungsreisen; GRUR 1972, 603, 606 - Kunden-Einzelbeförderung; GRUR 1967, 254, 255 - Waschkugel.
- 80) BGH GRUR 1959, 277, 279 - Künstlerpostkarten; GRUR 1960, 382, 384 - Verbandsstoffe; GRUR 1966, 47 - Indicator.
- 81) BGH GRUR 1959, 138, 142 - Italienische Note; GRUR 1962, 415, 417 - Glockenpackung I; LG München WRP 1975, 57 - Kochbuch und WRP 1975, 540 - Reisetasche.
- 82) BGH GRUR 1969, 474, 476 - Bierbezug I.
- 83) BGH GRUR 1972, 603, 606 - Kunden-Einzelbeförderung; OLG Frankfurt DB 1975, 1017 - Eintrittsgelder; WRP 1970, 120 ff und WRP 1971, 135, 137 - Omnibus-Werbe-fahrten.
- 84) BGH GRUR 1971, 322 - Lichdi-Center; vgl. auch BGH GRUR 1973, 591, 593 - Schatzjagd.
- 85) LG Hamburg WRP 1975, 184, 186 - Taschenradio.
- 86) Vgl. die in FN 81 genannten Urteile und BGH NJW 1975, 689, 690 - Werbung am Unfallort I; GRUR 1973, 210, 212 - Telex-Werbung.
- 87) OLG Karlsruhe GRUR 1969, 224 f - Laienwerbung; ähn-lich, aber kein Verbot; OLG Karlsruhe GRUR 1970, 144 f; vgl. auch KG WRP 1973, 156, 157 - Hochzeits-fotograf.
- 88) OLG Hamm WRP 1975, 45 - Kraftfahrzeugnummernschilder.
- 89) BGH GRUR 1960, 431, 432 - Kraftfahrzeugnummernschilder; vgl. ähnlich BGH GRUR 1955, 346, 350 - Progressive Kundenwerbung; GRUR 1959, 285, 287 - Bienenhonig.

Eine Konkretisierung dieser inhaltsleeren Begriffe findet sich nur in wenigen Urteilen. So wird - wie bereits gezeigt - bei der massenweisen Verteilung von Werbeware die Gefahr einer Marktverstopfung gesehen; dem ähnelt die Argumentation zum Verbot der Telexwerbung, wo der BGH eine "stetig wachsende Blockierung der Anlagen" befürchtet⁹⁰⁾. Hausbesuche bei nahen Angehörigen Verstorbener, um einen Auftrag zur Herstellung eines Grabsteins zu erlangen, sind für unlauter erklärt worden, weil sonst ein "Wettlauf der Konkurrenten in das Haus der Hinterbliebenen" einsetzen würde; der "Schutz der Intimsphäre" habe aber Vorrang vor dem wirtschaftlichen Gewinnstreben⁹¹⁾. Der Schutz der Individualsphäre vor dem Gewinnstreben Dritter steht auch in anderen Fällen belästigender Werbung im Vordergrund⁹²⁾.

2. Unsachliche Beeinflussung der Verbraucherentscheidung

Ein weiteres häufig anzutreffendes Unlauterkeitsmerkmal ist die unsachliche Beeinflussung der Verbraucherentscheidung. Besonders die modernen Formen der Wertreklame, wie insbesondere Werbefahrten, Gewinnspiele und Vorspannangebote, aber auch die gefühlsbetonten Werbemittel und Laienwerbung werden unter Hinweis darauf verboten, daß die angesprochenen Verkehrskreise in ihren wirtschaftlichen Entschlüssen in unsachlicher Weise beeinflusst werden, insbesondere dazu veranlaßt werden, ihre Wahl nicht in erster Linie nach ihren Vorstellungen über die Preiswürdigkeit und Qualität der konkurrierenden

90) BGH GRUR 1973, 210, 212 - Telex-Werbung.

91) BGH GRUR 1971, 317, 318 - Grabsteinaufträge II; vgl. auch bereits RGZ 145, 396, 402 - Bestattungsfirma.

92) Vgl. BGH GRUR 1955, 541, 542 - Bestattungswerbung; GRUR 1965, 315, 316 - Werbewagen; GRUR 1970, 523, 524 - Telefonwerbung.

Waren zu treffen, sondern vornehmlich nach sachfremden Motiven⁹³⁾. Als sachfremd wird es dabei angesehen, wenn eine Ware etwa nur aus Mitleid⁹⁴⁾, aus Dankbarkeits- oder Peinlichkeitsgefühlen⁹⁵⁾ heraus oder auch nur deshalb gekauft wird, um in den Genuß einer Werbeprämie⁹⁶⁾, eines Gewinns⁹⁷⁾, eines Werbegeschenks⁹⁸⁾ oder einer sonstigen Vergünstigung⁹⁹⁾ zu gelangen. Die durch

-
- 93) Zur *Wertreklame* vgl. BGH GRUR 1967, 254, 255 - Waschkugel; GRUR 1968, 649, 651 - Rocroni-Ascher; GRUR 1971, 162, 163 - Diagnose-Centrum; GRUR 1972, 367, 369 - Besichtigungsreisen; GRUR 1972, 603, 605 f - Kunden-Einzelbeförderung; GRUR 1973, 81 f - Gewinnübermittlung; GRUR 1973, 418, 419 - Das goldene A; GRUR 1973, 474, 476 - Preisausschreiben; GRUR 1973, 591, 593 - Schatzjagd; GRUR 1974, 156, 157 - Geld-Gewinnspiel; GRUR 1974, 345, 346 - Geballtes Bunt; GRUR 1974, 394, 395 - Verschlusskapsel-Prämie; WRP 1976, 100, 101 - Mars; WRP 1975, 672, 673 - Vorspannangebot; OLG Celle GRUR 1970, 93; WRP 1975, 158; OLG Frankfurt WRP 1971, 135, 330; LG München WRP 1974, 435, 436; OLG Hamm WRP 1974, 689, 690 f; LG Hamburg WRP 1975, 184, 185 f; OLG München WRP 1975, 307; LG München WRP 1975, 540. - Zur *gefühlbetonten Werbung* vgl. BGH GRUR 1959, 143, 144 - Blindenseife; GewArch 1962, 16; GRUR 1965, 485, 487 - Versehrten-Betrieb; OLG Hamm DW 1969, 47, 49 - Gemeinnützige Schwerbeschädigten-Werkstätten. - Zur *Laienwerbung* vgl. BGH GRUR 1959, 285, 286 f - Bienenhonig.
- 94) Vgl. die in FN 93 zur gefühlbetonten Werbung angeführten Entscheidungen.
- 95) Z.B. BGH WRP 1971, 261, 263 - clix-Mann; GRUR 1972, 603, 605 - Kunden-Einzelbeförderung; GRUR 1973, 81 f - Gewinnübermittlung; GRUR 1973, 591, 593 - Schatzjagd; GRUR 1973, 418, 419 - Das goldene A; OLG Karlsruhe WRP 1973, 167, 169; OLG Frankfurt WRP 1970, 120 ff; WRP 1971, 135, 137; LG München WRP 1974, 435, 436.
- 96) Vgl. BGH GRUR 1959, 285, 286 f - Bienenhonig.
- 97) Vgl. etwa BGH GRUR 1974, 156, 157 - Geld-Gewinnspiel; GRUR 1973, 418, 419 - Das goldene A.
- 98) Z.B. BGH GRUR 1974, 345, 346 - Geballtes Bunt; GRUR 1968, 649, 651 - Rocroni-Ascher; GRUR 1967, 254, 255 - Waschkugel.
- 99) Z.B. BGH GRUR 1971, 162, 163 - Diagnose-Centrum, mit Anm. Knopp 163; GRUR 1972, 603, 605 f - Kunden-Einzelbeförderung; GRUR 1972, 367, 369 - Besichtigungsreise; WRP 1975, 672, 673 - Vorspannangebot; WRP 1976, 100, 101 - Mars.

Dankbarkeits- oder Peinlichkeitsgefühle erzeugte Zwangslage wird zumeist "psychologischer Kaufzwang" genannt ¹⁰⁰⁾. Fehlt der dafür erforderliche soziale Kontakt, stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob nicht allein der Wert der Vergünstigung ausreicht, die Käufer von einem sachlichen, am Leistungswettbewerb orientierten Kaufverhalten abzulenken; sie spricht in diesem Fall von einem "übermäßigen Anlocken" ¹⁰¹⁾.

Die Unlauterkeit der "Kaffeefahrten" hat ein Teil der Rechtsprechung zusätzlich damit begründet, daß vor allem Hausfrauen und ältere Leute überwiegend einkommensschwacher und wenig gebildeter Schichten an den Werbefahrten teilnahmen. Diese geschäftlich besonders unerfahrenen und sozial schwachen Kreise bedürften eines besonderen Schutzes ¹⁰²⁾. Ein bislang vereinzelt gebliebenes Zusatzargument taucht in der Entscheidung "Geld-Gewinnspiel" auf: Lediglich die Hoffnung auf einen Geldgewinn führe zu einer "Verlagerung des Kundenstammes", zu einer "Umlenkung des Käuferstroms", die "den Zweck vernünftigen Konsumverhaltens verfehlt" ¹⁰³⁾.

Damit hat sich die Rechtsprechung wieder dem ursprünglichen grundsätzlichen Verbot der Wertreklame durch das Reichsgericht angenähert. Nur in den engen Grenzen einer reinen Aufmerksamkeitswerbung soll sie noch zulässig sein. Wertreklame verstoße zwar nicht schlechthin gegen

100) Vgl. die in FN 95 aufgeführten Entscheidungen; ferner Lehmann (FN 9), 141 ff; Bülow GRUR 1971, 67; ders. GRUR 1974, 254; ders., Der psychologische Kaufzwang (1972); jeweils mit zahlreichen weiteren Nachw. aus der nahezu unübersehbaren Rechtsprechung der Untergerichte.

101) Vgl. die in FN 96-99 aufgeführten Entscheidungen; ferner die Kritik von Hoth GRUR 1974, 547; Lehmann (FN 9), 157 ff mit umfangreichen weiteren Nachw.

102) OLG Frankfurt WRP 1971, 135, 137; OLG Karlsruhe WRP 1973, 167, 169; LG München WRP 1974, 435, 436; OLG Celle WRP 1975, 158, 160.

103) BGH GRUR 1974, 156, 157.

die guten Sitten, sei jedoch einer strengeren Beurteilung zu unterwerfen; denn ihr hafte ihrem Wesen nach die Gefahr einer unsächlichen Beeinflussung der Verbraucher an. Das widerspreche dem "Sinn des Leistungswettbewerbs", wie er im Allgemeininteresse anzustreben sei, und der "Funktion des Verbrauchers" 104).

3. Schutz kleinerer, kapitalschwacher Mitbewerber vor
Übersteigerung und machtbedingten Wettbewerbsver-
zerrungen

a) Zunehmende Beliebtheit dieses Arguments

Der BGH hat zwar die im Kleenex-Urteil getroffene Feststellung, für wirtschaftspolitische Erwägungen sei im Unlauterkeitsrecht kein Platz, mehrfach wiederholt 105); er hat jedoch neuerdings bei der Beurteilung eines Gewinnspiels - wie schon im Suwa-Urteil - wieder in Betracht gezogen, "daß kleinere Mitbewerber einer solchen allein auf Kapitaleinsatz beruhenden Werbung kaum wirksam begegnen können, obwohl sie dazu u.U. mit ihrer gewerblichen Leistung und im Rahmen üblicher Werbemethoden durchaus in der Lage sein könnten" 106).

104) So BGH GRUR 1974, 394, 395 - Verschluskapsel-Prämie; WRP 1975, 672, 673 - Vorspannangebot; LG Hamburg WRP 1975, 184, 185 - Taschenradio; siehe auch BGH GRUR 1973, 591, 593 - Schatzjagd; GRUR 1972, 603, 606 - Kunden-Einzelbeförderung; OLG Frankfurt WRP 1971, 135, 137; LG München WRP 1975, 57, 58 - Kochbuch.

105) Vgl. BGHZ 28, 54, 59 - Direktverkäufe; BGHZ 34, 264, 270 - Einpfennig-Süßwaren; BGH GRUR 1972, 603, 605 - Kunden-Einzelbeförderung.

106) BGH GRUR 1974, 156, 157 a.E. - Geld-Gewinnspiel, mit zust. Anm. Gerstenberg 157 f.

Solche strukturpolitischen Überlegungen werden in zunehmendem Maße auch von den Instanzgerichten angestellt, wenn es sich darum handelt, Vorspannangebote oder leistungsfremde Praktiken im Verhältnis Hersteller - Handel (z.B. "Anzapfen") zu verbieten, oder wenn strengere Maßstäbe an die Zulässigkeit von Verkäufen unter dem Einstandspreis angelegt werden.

b) Vorspannwerbung

Die Gerichte haben vor allem bei der Vorspannwerbung, mit der sie gerade in letzter Zeit besonders beschäftigt werden, neben dem Argument des übermäßigen Anlockens die Gefahr herausgestellt, daß kleinere Mitbewerber bei diesen Verkaufsaktionen nicht mithalten könnten und daher über kurz oder lang vom Markt verdrängt würden. Wegen des Anlockeffekts der Vorspannangebote drohe eine Verlagerung des Wettbewerbs auf das Gebiet der Zusatzartikel. Der Einsatz besonders preisgünstiger branchenfremder Angebote zur Förderung des Absatzes der brancheneigenen "Hauptware" sei aber nur kapitalkräftigen Wettbewerbern mit umfangreichem Vertriebsnetz möglich; kleinere Wettbewerber könnten hier erfahrungsgemäß auf die Dauer nicht konkurrenzfähig sein, da sie nicht in der Lage seien, Zusatzartikel in ähnlichen Stückzahlen von den Herstellern abzunehmen. Ihre Marktposition werde dann nicht wegen geringerer Leistungsfähigkeit (Preis, Qualität, Service), sondern wegen der Marktmacht der Großen gefährdet, mit Mitteln, die nicht den Prinzipien des Leistungswettbewerbs entsprächen, sondern diesen verfälschten ¹⁰⁷⁾.

107) LG München WRP 1975, 57, 58 - Kochbuch; WRP 1975, 540 - Reisetasche; LG Stuttgart NJW 1976, 1270, 1271 - Tierbuch; a.A. allerdings das OLG Stuttgart in zweiter Instanz: WRP 1976, 723, 727; daß kleinere Mitbewerber nicht mithalten können, ist auch für das KG Berlin (WRP 1977, 789, 792) kein stichhaltiges Argument, ein Wettbewerbsverhalten zu verbieten.

c) Anzapfen

Die Benachteiligung kleinerer Mitbewerber durch machtbedingte Wettbewerbsverzerrungen steht auch ganz im Vordergrund einer Entscheidung des OLG Frankfurt ¹⁰⁸⁾. Das Gericht hatte eine der heute weit verbreiteten Praktiken zur Erlangung von Sondervorteilen im Verhältnis Hersteller-Handel ¹⁰⁹⁾ zu beurteilen: Ein Großmarkt hatte für die Aufnahme und den Verbleib von Waren in seinem Sortiment pauschale Zahlungen ("Eintrittsgelder") von den Warenherstellern verlangt. Das Gericht sah in diesem Vorgehen einen Verstoß gegen § 1 UWG, da es zu einer Verfälschung des Leistungswettbewerbs führe, die zu Lasten der Verbraucher und der Mitbewerber gehe. Die Verfälschung des Leistungswettbewerbs liege darin, daß nur solche Hersteller zum Markt zugelassen würden, die in der Lage seien, durch - möglicherweise erheblichen - Kapitaleinsatz die Sondervorteile zu gewähren. Die Beschränkung des Marktzutritts der anderen Hersteller sei nur möglich, weil der Großmarkt eine starke örtliche Macht - sog. Lagemonopol - habe und die daraus resultierenden hohen Umsätze "als Mittel der Nötigung" gegenüber den Herstellern einsetzen könne. Nach § 18 Nr. 2 in Verbindung mit Buchstabe b GWB sollten jedoch unbillige Beschränkungen des Marktzutritts verhindert werden: Diese Vorschrift habe das Gericht herangezogen, "um das in dem Begriff der Sittenwidrigkeit liegende normative Element zu erkennen und anzuwenden". Im übrigen wirke sich das System regelmäßig

108) DB 1975, 1017 - Eintrittsgelder = WRP 1975, 367 mit zust. Anm. D. Löhr 370 = BB 1975, 1600 mit abl. Anm. Warzecha 1602.

109) Vgl. den "Beispielskatalog" des BWiM v. 15.11.1974, abgedruckt in WRP 1975, 24, sowie die "Gemeinsame Erklärung" von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, vom November 1975, abgedruckt in WRP 1976, 9; dazu Kisseler WRP 1975, 701 u. Hinz WRP 1976, 4.

preisverteuernd aus, da das "Eintrittsgeld" im allgemeinen vorweg dem Gewinn des Einzelhändlers zugeschlagen werde. Auch wegen Behinderung der Mitbewerber und Benachteiligung der Verbraucher - das Gericht sieht darin ausdrücklich wirtschaftspolitische Erwägungen - sei der Methode des Großmarktes "die kaufmännische Anerkennung zu versagen": "Die Verbraucher werden dadurch benachteiligt, daß sich die Angebotspalette verkürzt; die Mitbewerber werden benachteiligt, indem sie - wenn sie nur kleinere Umsätze erzielen können - den Herstellern weniger Marktmacht entgegensetzen und deshalb keine 'Eintrittsgelder' abnötigen können" 110).

d) Verkauf unter Selbstkosten

Die Mittel des Preiskampfes werden im allgemeinen dann als unlauter angesehen, wenn sie in erster Linie zu dem Zweck eingesetzt werden, den Mitbewerber vom Markt zu verdrängen, um auf diese Weise freie Bahn für den eigenen Absatz zu gewinnen und sodann die Preise allein bestimmen zu können ¹¹¹⁾. Wann die Preisunterbietung aufhört, Ausfluß der besseren Leistung zu sein, und wann sie anfängt, unzulässiger Verdrängungswettbewerb zu sein, läßt sich nicht eindeutig abgrenzen. Die Kommentare verweisen auf das "Gesamtverhalten" eines Wettbewerbers ¹¹²⁾, auf die "besonderen Umstände" ¹¹³⁾.

Hier setzen nun wirtschaftspolitisch motivierte Überlegungen ein: Wer die Freiheit des Wettbewerbs betont, wird großzügiger urteilen, als derjenige, der zu allererst den Schutz der Gewerbetreibenden in ihrem überkommenen Besitzstand im Auge hat. Andererseits gilt es

110) OLG Frankfurt DB 1975, 1017; ähnlich die Argumentation des OLG Düsseldorf GRUR 1974, 161 f - Bettelbriefe; vgl. auch den von der Zentrale geschilderten Fall in WRP 1974, 714.

111) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 192 ff.

112) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 191 f.

113) Ulmer-Reimer III, Rdnr. 913; v. Godin, Wettbewerbsrecht (1974), § 1 UWG, Anm. 185; Reimer - v. Gamm, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 2. Bd., 4. Aufl. (1972), 284 (Rdnr. 4).

auch zu bedenken, daß gerade die Wettbewerbsfreiheit, der "Bestand des Wettbewerbs", durch Mißbrauch wirtschaftlicher Macht beeinträchtigt werden kann.

So wird selbst ein Verkauf unter Selbstkosten grundsätzlich als zulässiges Mittel eines freien Leistungswettbewerbs angesehen ¹¹⁴⁾. Die früher zum Teil vertretene Auffassung ¹¹⁵⁾, der Verkauf unter dem Einstandspreis sei grundsätzlich wettbewerbswidrig, kann heute als überholt gelten. Als Gründe wurden damals angeführt, es drohe ein allgemeines ruinöses "Schleudern" in dem betreffenden Geschäftszweig und damit eine "Substanzverschleuderung", die volkswirtschaftlich unerwünscht und nach kaufmännischen Grundsätzen abzulehnen sei ¹¹⁶⁾, oder es wurde darauf hingewiesen, daß "eine derartige unverhältnismäßige Schädigung der Konkurrenz der sozialen Grundordnung des Gemeinschaftslebens nicht mehr adäquat" sei ¹¹⁷⁾. Indessen soll auch nach jetzt herrschender Auffassung ein sittenwidriges "ruinöses Unterbieten" dann vorliegen, wenn ein Gewerbetreibender in gemeinschädlicher Weise regelmäßig unter den Selbstkosten verkaufe, ohne daß dafür ein "sachlich gerechtfertigter Grund" bestehe. Sein "unsinniges Verhalten" zwingt die Mitbewerber seiner Branche, ihm zu folgen, und gefährde infolge dieser Übersteigerung die Belange der Allgemeinheit; schwächere Mitbewerber, die nicht folgen könnten, würden vom Wettbewerb ausgeschlossen. Solchen wettbewerbsrechtlichen Auswüchsen, die den geordneten Wirtschaftsablauf im ganzen störten und den Bestand des

114) Vgl. BGH WuW 1955, 118, 122 - Händlerrabatt; GRUR 1960, 331, 334 - Schleuderpreise; weitere Nachw. bei Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 190, 193.

115) Vgl. Becher BB 1953, 297; Spengler (FN 56), 20.

116) Becher BB 1953, 297, 298 f.

117) Spengler (FN 56), 20.

Wettbewerbs bedrohten, müsse mit § 1 UWG begegnet werden¹¹⁸⁾.

Entsprechend sieht das LG Frankfurt die Gemeenschädlichkeit des regelmäßigen Verkaufs von Mineralwasser unter dem Einstandspreis durch einen Großmarkt "in dem sich anbahnenden Preiskampf auf dem Mineralwassermarkt", bei dem die mittleren und kleineren Einzelhandelsgeschäfte nicht Schritt halten könnten; im Gegensatz zu den Groß- und Supermärkten könnten diese Anbieter nämlich ihre hier erlittenen Einbußen nicht durch eine breit gestreute Mischkalkulation ausgleichen und würden folglich nach und nach vom Getränkemarkt verdrängt¹¹⁹⁾.

Auch eine regionale Preisdifferenzierung kann, wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt ist, ein Indiz für einen unzulässigen Verdrängungswettbewerb sein¹²⁰⁾. Die Ansichten darüber, wann ein sachlicher Grund vorliegt, können allerdings auseinanderklaffen, wie die Kritik an einem Urteil des LG Frankfurt¹²¹⁾ zeigt¹²²⁾. Kalkulatorische und marktbezogene Gesichtspunkte werden dabei ins Feld geführt.

e) Vorrang des Kartellrechts?

Zurückhaltung gegenüber einer Verfolgung wettbewerbsbeschränkender Praktiken im Rahmen des Unlauterkeitsrechts hat hingegen der Kartellsenat des BGH mit Urteil vom 21. Juli 1971 geübt. Das Gericht hatte einen Sonderfall des massenweisen Werbeschenkens zu beurteilen, nämlich die kostenlose Lieferung einer Fachzeitschrift

118) Vgl. BGH NJW 1966, 2261, 2268 - Bauindustrie; BKA WuW/E 1968, 1165, 1168; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 194, 209; Ulmer-Reimer III, Rdnr. 917 a.E.; v. Godin, Wettbewerbsrecht (1974), § 1 UWG, Anm. 189 a.E.

119) LG Frankfurt WRP 1976, 267, 270 - Mineralwasser.

120) Vgl. LG Frankfurt WRP 1960, 74, 76 f.

121) Siehe vorige FN.

122) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 196.

als Verbandszeitschrift an alle Vereinsmitglieder. Der BGH verneinte einen Wettbewerbsverstoß schon deshalb, weil "unter dem Gesichtspunkt der Einwirkung des beklagten Vereins als eines nachfragebeherrschenden Unternehmens keine unbillige Behinderung der Klägerin im Sinne des § 26 Abs. 2 GWB vorliege". Für ein wettbewerbswidriges Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung des Bestands des Wettbewerbs sei somit kein Raum mehr; denn das Recht auf Freiheit des Wettbewerbs und der wirtschaftlichen Betätigung stehe nicht bei § 1 UWG, wohl aber bei den Vorschriften des GWB im Mittelpunkt ¹²³⁾.

4. Einschränkung des Verbotsbereichs zum Schutz des freien Wettbewerbs

Während die bislang erörterten Argumente eine Begründung für die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung abgeben und insbesondere auch der Schutz der Wettbewerbsfreiheit vor machtbedingten Wettbewerbsverzerrungen zum Verbot bestimmter Verhaltensweisen führt, kann das Allgemeininteresse an einem freien Wettbewerb in bestimmten Fällen auch eine großzügigere Handhabung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel rechtfertigen.

a) Vergleichende Werbung

Über die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung ist in den sechziger Jahren ein erbitterter Streit in der Literatur ausgetragen worden ¹²⁴⁾, wobei in das Für und Wider auch etliche Argumente gemischt worden sind, die einen Bezug zum Allgemeininteresse haben. In der Tat lassen

123) BGH GRUR 1972, 40, 42 f - Verbandszeitschrift.

124) Wegen der Einzelheiten vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, RdNr. 271 ff m.w.N. und die in FN 58 Genannten.

sich insbesondere auch wirtschaftspolitische Einflüsse auf die Beurteilung der vergleichenden Werbung durch die Rechtsprechung nachweisen, die sich in den vergangenen Jahrzehnten mehrfach gewandelt hat ¹²⁵⁾. Hier zunächst die gegensätzlichen Positionen im Schrifttum, soweit sie im vorliegenden Zusammenhang von Interesse sind: Die Kritiker eines grundsätzlichen Verbots der vergleichenden Werbung haben vor allem auch darauf verwiesen, daß die vergleichende Werbung einer verbesserten Marktübersicht (Markttransparenz) diene und damit eine wesentliche Voraussetzung für einen freien und wirksamen Wettbewerb schaffe, so wie er als Leitbild unserer heutigen Wirtschaftsordnung zugrunde liege ¹²⁶⁾. Den im GWB verankerten Grundvorstellungen über Wesen und Funktion des Wettbewerbs müsse Rechnung getragen werden ¹²⁷⁾. Für ein Verbot der vergleichenden Werbung wurde dagegen eingewandt, daß es sich der Gewerbetreibende grundsätzlich nicht gefallen zu lassen brauche, in fremden Anpreisungen "als Mittel zur Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit des Anpreisenden verwendet zu werden"; das verstoße gegen den Leistungswettbewerb, wonach Werbung nur mit Preis und Güte der eigenen Leistung zulässig sei ¹²⁸⁾. Dieses Argument betont also mehr den wohlerworbenen Besitzstand, den Güterschutz.

Der Streit um die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung hat sich heute durch Annäherung der Standpunkte weitgehend erledigt ¹²⁹⁾. Da der BGH einen Werbevergleich

125) Vgl. besonders Jungbäck (FN 58), 16 ff; Jörg (FN 58), 33 ff; Völp WRP 1960, 197; ders. WRP 1961, 135.

126) Vgl. OLG Bremen NJW 1962, 304, 305; LG Tübingen WRP 1963, 20; Schwamberger NJW 1961, 1185, 1187; Rinck BB 1962, 105; Völp WRP 1960, 197, 204; 1961, 135, 141; Brinkmann (FN 58), 51 ff; Jörg (FN 58), 50 f; Jungbäck (FN 58), 59; vgl. auch Knopp GRUR 1970, 424 f.u. GRUR 1968, 446 f.

127) Vgl. besonders BKartA DB 1963, 579, 580; Antoni BB 1962, 1171, 1172; Brinkmann WRP 1963, 268, 270.

128) Sogenanntes Hellegold-Motiv, nach RG GRUR 1931, 1299.

129) Vgl. in diesem Sinne Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 271 a.E., 274; Völp, Vergleichende Werbung - letzter Akt, WRP 1969, 169.

jedenfalls dann als zulässig ansieht, wenn er "aus hinreichendem Anlaß" erfolgt, kann von einem grundsätzlichen Verbot der vergleichenden Werbung kaum noch gesprochen werden ¹³⁰⁾. Mit dem generalklauselartigen Kriterium des "hinreichenden Anlasses" ist eine Möglichkeit geschaffen, die für eine Zulässigkeit des Vergleichs sprechenden öffentlichen Interessen zu berücksichtigen. So stellt der BGH das "schutzwürdige Bedürfnis der Allgemeinheit nach sachgemäßer Aufklärung" in den Vordergrund ¹³¹⁾. Gibt ein Gewerbetreibender Informationen über Konkurrenten an die Presse, die zu einem Waren- oder Leistungsvergleich führen können, so muß er dafür zwar wie für einen unmittelbaren Vergleich einstehen, zu seiner Rechtfertigung fällt nach Ansicht des BGH jedoch zusätzlich ins Gewicht, daß die Presse durch die Anwendung des Wettbewerbsrechts bei der Erfüllung ihrer im Grundgesetz verankerten Informationsaufgabe nicht behindert werden darf. Eine anhand der "wertsetzenden Bedeutung" des Grundrechts der freien Meinungsäußerung und der Pressefreiheit vorzunehmende Auslegung des § 1 UWG führe zu dem Ergebnis, "daß die Handlungsweise des Informanten dann nicht als sittenwidrig im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann, wenn sie mit der Mitteilung sachlicher und wahrer Angaben an die Presse der Aufklärung der Allgemeinheit über wettbewerbliche Fragen dient, an denen diese ein ernsthaftes Informationsinteresse hat" ¹³²⁾.

130) Vgl. Knopp GRUR 1970, 424 f; ders. GRUR 1968, 446 f; Wenzel GRUR 1969, 522.

131) BGH GRUR 1966, 327, 329 - Richtpreiswerbung I, mit zust. Anm. Knopp 337; BGH GRUR 1970, 422, 424 - Tauchkühler, mit zust. Anm. Knopp 424 f; BGHZ 49, 325 - 40 % können Sie sparen = GRUR 1968, 443, 445, mit zust. Anm. Knopp 446 f; vgl. auch bereits BGHZ 42, 134 - 20 % unter dem empfohlenen Richtpreis = GRUR 1965, 96, 100, mit Anm. Seydel 102.

132) BGHZ 50, 1 = GRUR 1968, 645, 646 - Pelzversand.

b) Ausnutzung fremden Vertragsbruchs

Auch die "Ausnutzung fremden Vertragsbruchs" kann je nach wirtschaftspolitischer Einstellung mehr oder weniger streng beurteilt werden. So hat der BGH einerseits in Fortführung der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹³³⁾ die *Unterbietung preisgebundener Waren durch nichtgebundene Außenseiter* für unlauter erklärt, da sich der Außenseiter einen Wettbewerbsvorsprung vor seinen gebundenen Mitbewerbern verschaffe, indem er fremden Vertragsbruch "geflissentlich" ausnutze, zugleich aber ein vertragstreues Verhalten der gebundenen Mitbewerber in Rechnung stelle¹³⁴⁾. Zwischenzeitlich laut gewordene Kritik, die unter Berufung auf die neuen Ordnungsgedanken des GWB eine großzügigere Behandlung des Außenseiters gefordert hatte¹³⁵⁾, hielt der BGH für abwegig, da es hier nicht um eine wandelbare wettbewerbliche Spielregel, sondern um einen allgemeinen Grundsatz des geschäftlichen Anstands gehe und im übrigen die vertragliche Preisbindung zweiter Hand ausdrücklich vom GWB zugelassen sei¹³⁶⁾.

Andererseits hat der BGH festgestellt, daß in der *Mißachtung ausschließlicher Bierbezugsverpflichtungen von Gastwirten durch andere Brauereien oder Bierverleger* grundsätzlich kein Wettbewerbsverstoß zu sehen sei. Auch wenn es allgemeiner Übung im Brauereigewerbe entspreche,

133) Grundlegend RGZ 88, 9.

134) Vgl. BGH NJW 1964, 917, 918 - Maggi = GRUR 1964, 320 mit Anm. Knopp 324 f.

135) Vor allem Merkel NJW 1961, 1751, 1752; OLG Frankfurt GRUR 1964, 151, 153 - Remington; LG Osnabrück BB 1962, 1058; vgl. auch OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1964, 660, 661: "Der Senat kann sich dem Gewicht dieser Argumente nicht ganz verschließen".

136) BGH NJW 1964, 917, 918; ebenso die überwiegende Meinung in der Lehre: Gleiss NJW 1961, 2100, 2102; Rasor u. Schiedermaier NJW 1963, 85, 88; Lieberknecht NJW 1963, 609; Paul NJW 1964, 132; Koenigs JuS 1965, 384, 387.

die Bezugsverpflichtungen gegenseitig zu achten, erscheine eine Verletzung dieses berufsständischen Gebots vom Standpunkt der Allgemeinheit aus nicht verwerflich; denn es handele sich um eine solcher "berufsständischen Gewohnheiten, die nur darauf abzielen, den Mitgliedern eines Berufszweigs die unangefochtene Weiterverfolgung ihrer Vermögensinteressen in bislang üblicher Weise zu ermöglichen". Die Weiterverbreitung ausschließlicher Bierbezugsverträge habe, wenn man noch die derartigen Vertriebsmethoden innewohnende Tendenz zu weiträumigen Zusammenschlüssen in Rechnung stelle, durch die der Großunternehmer begünstigt werde, zwangsläufig eine gewisse Aufteilung des Marktes zur Folge, die den Spielraum für den freien Wettbewerb erheblich einschränke ¹³⁷⁾.

Die unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle einer Mißachtung vertraglicher Verpflichtungen erklärt sich nur so, daß die Rechtsprechung im ersten Fall das für gesamtwirtschaftlich nützlich erachtete Preisbindungssystem erhalten wollte; zu diesem Zweck war eine rechtliche Absicherung gegen Außenseiter zwingend erforderlich ¹³⁸⁾. Die Kritik an dieser Rechtsprechung hat ihrerseits eine wirtschaftspolitische Grundlage: Die Preisbindung erscheint mehr und mehr fragwürdig in einer freien Wettbewerbswirtschaft; ihr gesamtwirtschaftlicher Nutzen wird zunehmend in Frage gestellt, was zur Abschaffung der Preisbindung zweiter Hand für Nicht-Verlagserzeugnisse geführt hat ¹³⁹⁾.

137) BGH GRUR 1969, 474, 476 - Bierbezug I, mit krit. Anm. Lehmppfuhl 477 f.

138) Zu diesem wirtschaftspolitischen Hintergrund vgl. näher § 8 I 3.

139) Durch das Zweite Gesetz zur Änderung des GWB v. 3. August 1973 (BGBl. I S. 917).

5. Verwirklichung gesamtwirtschaftlicher Zielsetzungen

Auch volkswirtschaftliche Zielsetzungen haben Eingang in die wettbewerbsrechtliche Beurteilung gefunden.

a) Förderung des wirtschaftlichen und technischen Fortschritts

So liegt dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz eine Abwägung verschiedener wettbewerbspolitischer Ziele zugrunde. Zwar herrscht im Allgemeininteresse der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit; jeder muß seine Arbeitsergebnisse der Allgemeinheit im Interesse des Fortschritts zur Verfügung stellen, soweit kein Sonderrechtsschutz besteht. Die aufgewendeten Mühen und Kosten sind im allgemeinen durch den Sonderrechtsschutz bzw. den natürlichen Entwicklungsvorsprung vor den Mitbewerbern abgegolten ¹⁴⁰⁾. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird jedoch dann gemacht, wenn dem Erbringer der Erstleistung aufgrund der besonderen Umstände des Falles die Früchte seiner Leistung noch nicht hinreichend zugeflossen sind, so daß ihm bei Zulassung der Nachahmung der auch im Allgemeininteresse liegende Anreiz zu neuen Entwicklungen, zu eigener, risikobehafteter Initiative genommen wäre ¹⁴¹⁾. Wann eine solche wettbewerbswidrige "Ausbeutung" des Mitbewerbers vorliegt, entscheidet sich aufgrund einer Interessenabwägung, in die neben den Interessen der Mitbewerber und den soeben aufgezeigten Interessen der Allgemeinheit an einem freien Wettbewerb und am wirtschaftlichen Fortschritt auch das Allgemeininteresse an der Versorgung mit preiswerten Konkurrenzprodukten

140) Z.B. BGH GRUR 1969, 186; 188 - Reprint; GRUR 1970, 244, 246 - Spritzgußengel; GRUR 1970, 250, 253 - Hummel III; GRUR 1969, 618, 619 - Kunststoffzähne.

141) BGH GRUR 1966, 617, 620 - Saxophon; GRUR 1968, 591, 592 - Pulverbehälter; GRUR 1969, 618, 620 - Kunststoffzähne; GRUR 1972, 127 - Formulare; GRUR 1969, 186, 188 - Reprint.

einzu beziehen ist ¹⁴²⁾. Indem der BGH unter Berücksichtigung dieser Faktoren die Dauer der wettbewerbsfreien Zeit bestimmt, greift er zur Verwirklichung bestimmter volkswirtschaftlicher Zielfunktionen des Wettbewerbs regelnd in den Marktprozeß ein ¹⁴³⁾.

b) Versorgung der Bevölkerung

Eine Beeinträchtigung der Versorgung der Verbraucher etwa durch Verkürzung des Warenangebots (mangelnde Diversifikation) wird gelegentlich als Unlauterkeitskriterium mit aufgeführt. So sorgt sich der BGH im bereits zitierten Bierbezug-Urteil, daß die Besucher von Gastwirtschaften es als lästig empfinden könnten, dort "nur ein einziges Bier vorzufinden und je nach Geschmack nicht auf eine andere Sorte ausweichen zu können" ¹⁴⁴⁾. Das OLG Frankfurt sieht in der durch das Fordern von "Eintrittsgeldern" womöglich bewirkten Verkürzung der Angebotspalette eine Benachteiligung der Verbraucher ¹⁴⁵⁾.

c) Schaffung und Aufrechterhaltung eines günstigen Preisniveaus

Die preisverteuernde Wirkung einer Wettbewerbshandlung, ursprünglich vom Reichsgericht zur Begründung der Unlauterkeit des massenweisen Werbeschenkens mit herangezogen ¹⁴⁶⁾, soll nach insoweit einhelliger Kritik am Reichsgericht eine wettbewerbsrechtlich irrelevante gesamtwirtschaftliche Wertung sein ¹⁴⁷⁾. Umso mehr fällt es

142) BGH GRUR 1969, 618, 620 - Kunststoffzähne.

143) In diesem Sinne auch Baumann WRP 1975, 693, 694 f.

144) BGH GRUR 1969, 474, 476 - Bierbezug I.

145) OLG Frankfurt DB 1975, 1017 - Eintrittsgelder.

146) Vgl. oben zu FN 1.

147) Vgl. die Angaben in FN 13, 15, 16.

auf, daß neuerdings das OLG Frankfurt in dem bereits mehrfach zitierten Eintrittsgelder-Urteil, das "Anzapfen" auch deshalb nach § 1 UWG untersagt, weil sich diese Methode regelmäßig preisverteuernd auswirke ¹⁴⁸⁾.

Im Widerspruch zu dieser Wertung beruht das Verbot der Vorspannwerbung letztlich auf dem günstigen Preis der Vorspannware; die mit branchefremden Nebenwaren Werbenden werden also durch die Rechtsprechung mittelbar angehalten, wenn sie nicht die fragliche Werbung überhaupt aufgeben wollen, den Preis für die Vorspannware bis in die Nähe des marktüblichen Preises heraufzusetzen, damit der publikumswirksame Anlockeffekt entfällt ¹⁴⁹⁾.

6. Schutz bestimmter Einrichtungen des Wirtschafts- verkehrs

§ 1 UWG ist auch verschiedentlich zum Schutz bestimmter Einrichtungen und Begriffe des Wirtschaftsverkehrs eingesetzt worden.

a) Preisbindung

Es ist bereits angedeutet worden ¹⁵¹⁾ und wird für die reichsgerichtliche Rechtsprechung noch ausführlich gezeigt werden ¹⁵²⁾, wie mittels der Konstruktion "Erlangung eines ungerechtfertigten Vorsprungs durch Ausnutzung fremden Vertragsbruchs" die vertikale Preisbindung für Markenwaren rechtlich abgesichert wurde.

148) OLG Frankfurt DB 1975, 1017 - Eintrittsgelder.

149) So ausdrücklich LG Stuttgart NJW 1976, 1270, 1271 - Tierbuch.

150) So Tetzner MDR 1975, 281, 283 f. u. Girth-Sack WRP 1974, 181, 185. Das LG Frankfurt WRP 1971, 86 f. spricht von "sozialschädlichen Werbesprüchen", die jedes Maß verletzen.

151) Oben 4 b) a.E.

152) Unten § 8 I 3.

b) Preisempfehlung

Entsprechend wird auch die Institution der vertikalen Preisempfehlung für Markenwaren, die zunächst vom BGH durch analoge Anwendung des § 16 GWB für zulässig erklärt wurde ¹⁵³⁾ und seit 1973 in § 38 a GWB ¹⁵⁴⁾ neu geregelt ist, durch wohlwollende Handhabung des § 1 UWG unterstützt. Sogar eine durch einen Richtpreisvergleich bewirkte Irreführung des Verbrauchers soll wettbewerbsrechtlich irrelevant sein, sofern ihm dadurch klar gemacht wird, daß Richtpreise im Gegensatz zu gebundenen Preisen unverbindlich sind. So hat der BGH die Preisankündigung "20 % unter dem empfohlenen Richtpreis" für zulässig angesehen, selbst wenn ein nicht ganz unbeachtlicher Teil der Verbraucherschaft irrig annehme, der Preis werde tatsächlich nur von dem Ankündigenden unterschritten, und das Angebot deshalb als besonders günstig erscheine. Denn die Zulassung der fraglichen Werbung diene, ihre Nachahmung durch nur einen Teil der Mitbewerber unterstellt, gerade der Beseitigung etwaiger Irrtümer über die als zweckmäßig erachtete Institution des Richtpreises; die beanstandete Richtpreiswerbung sei daher jedenfalls wegen des schutzwürdigen Bedürfnisses der Allgemeinheit nach sachgemäßer Aufklärung über bestimmte, ihre Belange berührende Einrichtungen des Wirtschaftsverkehrs wie derjenigen der vertikalen Preisempfehlung gerechtfertigt ¹⁵⁵⁾.

Der mit der Neuregelung des § 38 a GWB verbundene Fortfall der Anmeldepflicht für Preisempfehlungen beim BKartA hat nach Auffassung des OLG Saarbrücken allerdings eine Einschränkung der Zulässigkeit der Richt-

153) BGHZ 28, 208, 219 ff.

154) Eingeführt durch das Zweite Gesetz zur Änderung des GWB v. 3. August 1973 (BGBl. I S. 917).

155) BGHZ 42, 134 = GRUR 1965, 96, 99 f, m. abl. Anm. Seydel 102; im Grundsatz zust. OLG Saarbrücken WRP 1976, 331, 333.

preiswerbung zur Folge. Im Interesse des Verbrauchers, der nach Wegfall der unmittelbaren Kontrolle angemeldeter Preisempfehlungen durch das BKartA keine Gewähr mehr dafür habe, daß die Richtpreise noch gültig, auf richtig kalkuliert und überall gleichermaßen anwendbar seien, müßten in der Werbung mit Richtpreisen die betroffenen Markenwaren selbst genannt werden; nur so habe der Verbraucher die Möglichkeit, vor Betreten des Geschäfts nachzuprüfen, ob ihm die Werbung echte Preisvor-
teile verspreche ¹⁵⁶⁾.

Es überrascht, daß der bloße Wegfall der Anmeldepflicht nach dem GWB die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Richtpreiswerbung verändern soll. Schließlich sind durch die GWB-Novelle die *rechtlichen* Einwirkungsmöglichkeiten des BKartA nicht abgeschwächt, sondern verschärft worden: So stellt z.B. eine Mondpreisempfehlung eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 12 GWB dar (vgl. § 38 a Abs. 1 Nr. 2 GWB). Neben oder anstelle einer Bußgeldfestsetzung kommt nunmehr auch eine Verbotsverfügung nach § 37 a GWB in Frage. Die bisherige Mißbrauchsaufsicht (analog § 17 GWB) ist durch § 38 a Abs. 3 GWB auf eine breitere Grundlage gestellt worden; so können z.B. nicht marktgerecht kalkulierte Preisempfehlungen nach § 38 a Abs. 3 Nr. 1 - 3 GWB untersagt werden ¹⁵⁷⁾. *Faktisch* dürfte sich an den Einwirkungsmöglichkeiten des BKartA ebenfalls nichts geändert haben; auch vor Wegfall der Anmeldepflicht war das Amt allenfalls zu stichprobenartigen Überprüfungen in der Lage ¹⁵⁸⁾. Es kommt hinzu, daß sich das OLG Saarbrücken mit dieser Begründung zu seiner eigenen früheren Recht-

156) OLG Saarbrücken WRP 1976, 331, 334.

157) Einzelheiten bei Kazmeyer, in: Auslegungsfragen (1974), 99, 107 ff. Zur Ordnungswidrigkeit von Preisempfehlungen vgl. ausführlich Kazmeyer/Hennig, BB 1976, 941.

158) Vgl. S. 35 des auch vom OLG zitierten Ausschlußberichts, BT-Drucks. 7/765 zu Drucks. 7/696.

sprechung in Widerspruch setzt, wonach Preisvergleiche mit (nicht anmeldepflichtigen) Handelsempfehlungen wegen der angemeldeten Preisempfehlungen gleichkommen- den Anerkennung in der Praxis für wettbewerbsrechtlich zulässig erklärt wurden ¹⁵⁹⁾.

Die Begründung des OLG ist insofern auch widersprüchlich, als die generalisierenden Bedenken hinsichtlich fehlender Marktkonformität der Richtpreise im konkreten, zu entscheidenden Fall gerade nicht zutrafen, wie das Gericht ausführlich darlegt. Hätte es sich um nicht marktgerechte oder sonstwie kartellrechtlich unzulässige Richtpreise gehandelt, etwa weil die empfohlenen Preise vielfach und in erheblichem Umfang überschritten worden wären, hätte die Werbung nach Maßgabe des BGH ohnehin als unlauter untersagt werden müssen. Hier zeigt sich die Zweiseitigkeit wirtschaftspolitischer Argumentation: Einerseits läßt der BGH den für zweckmäßig erachteten Richtpreisvergleich generell zu, selbst wenn dies im Einzelfall auf Kosten der Verbraucher geht, die möglicherweise von scheinbar günstigen Angeboten ange- lockt werden; andererseits sieht das OLG eine im konkreten Fall einwandfreie Richtpreiswerbung deshalb als unlauter an, weil *andere* Wettbewerber Mißbrauch damit treiben und der Verbraucher alledem "schutzlos ausgeliefert" ist. Ohne die Triftigkeit dieser oder jener Gründe hier schon beurteilen zu wollen, bleibt doch eines festzuhalten: Den Urteilen des BGH liegt eine positive Einschätzung der Institution "Preisempfehlung" zugrunde, während das OLG Saarbrücken sich offenbar von der Wirklichkeit ernüchtert zeigt und aus seiner kritischen Einstellung keinen Hehl macht.

159) OLG Saarbrücken WuW/E OLG (1971), 1354; ebenso OLG Koblenz WuW/E OLG (1968), 988.

c) Markenware

Es erscheint nach allem nur folgerichtig, wenn auch der Begriff der Markenware besonderen Schutz erfahren hat, weil man ihr offenbar eine volkswirtschaftlich nützliche Funktion beimißt. Die Werbung einer freien Tankstelle für ihr Benzin unter der Bezeichnung "Markenbenzin" wurde nach § 1 UWG untersagt, weil der Begriff "Markenware" einen Herkunftshinweis voraussetze, der bei dem "freien" Benzin jedoch fehle. Durch die Werbung mit "Markenbenzin" werde der Begriff der Markenware ausgehöhlt und entwertet. Die "Reinerhaltung der im Publikum vorhandenen berechtigten Vorstellungen vom Begriff der Markenware" liege aber "im Interesse nicht nur der Markeninhaber, sondern auch der Verbraucher und damit auch im Allgemeininteresse"; denn die Verwendung des Begriffs "Markenware" für anonyme Waren sei geeignet, Täuschungen über Herkunft und Güte der Waren zu erleichtern ¹⁶⁰⁾.

Die Bevorzugung von Markenartikeln findet ihren Ausdruck auch in der strengeren Beurteilung des Verkaufs unter Selbstkosten durch ein Urteil des LG Wiesbaden. Unter ausdrücklicher Einbeziehung auch der Interessen des Markenartikelherstellers, dem es nicht gleichgültig sein könne, ob der durch Werbung geschaffene Goodwill seiner Marke dazu benutzt werde, den Absatz anderer Waren zu fördern und zur Entstehung eines ruinösen Wettbewerbs beizutragen, sieht das Gericht den Verkauf unter Selbstkosten schon per se wegen Bestandsgefährdung des Wettbewerbs als sittenwidrig an; auf ein Hinzutreten weiterer Umstände komme es nicht an ¹⁶¹⁾.

160) BGH GRUR 1966, 45, 46 - Markenbenzin, mit zust. Anm. Hoepffner; krit. Tetzner JR 1966, 168 u. Schibel BB 1965, 967; ebenso wie der BGH; OLG Hamm GRUR 1968, 318 f - Westdeutsche Markenqualität; LG Nürnberg DW 1968, 35 - Benzin in Markenqualität.

161) LG Wiesbaden WuW/E 1969, 271, 272 f.

7. Fiskalische Interessen

Sogar fiskalische Interessen sind zur Auslegung des § 1 UWG herangezogen worden. So sieht das LG Köln in einem an den Händler bei Auftragserteilung vorweg gezahlten Warenrabatt eine "unübersehbare Versuchung zur Steuerhinterziehung", da es allein von der Steuerehrlichkeit des Händlers abhängt, ob er diesen Betrag verbuche¹⁶²⁾. Mittelbar werden diese staatlichen Interessen auch dadurch gewahrt, daß eine Preisunterbietung, die sich auf eine Steuerhinterziehung, ein Zollvergehen oder die Erschleichung eines öffentlichen Kredits gründet, in der Regel wegen Verschaffung eines ungehörigen Wettbewerbsvorsprungs als unlauter angesehen wird¹⁶³⁾.

8. Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter

Die Berücksichtigung des Schutzes wichtiger Gemeinschaftsgüter im Recht gegen unlauteren Wettbewerb ist im wesentlichen außer Streit. Als wichtiges Gemeinschaftsgut wird vor allem die "Volksgesundheit"¹⁶⁴⁾, aber auch eine "geordnete Rechtspflege"¹⁶⁵⁾ angesehen. Auch das Interesse der Allgemeinheit an größerer Sicherheit des Straßenverkehrs hat der BGH grundsätzlich im Rahmen des § 1 UWG gewürdigt, im konkreten Fall jedoch hinter die Interessen der Mitbewerber zurücktreten lassen¹⁶⁶⁾. Ob sich auch eine Behinderung des Straßenverkehrs und polizeilicher Ermittlungen auf das Unlauterkeitsurteil auswirken kann, hat das Gericht ausdrücklich dahinstehen lassen¹⁶⁷⁾.

162) LG Köln GRUR 1969, 225, 226 - Wertrabatt.

163) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 207; Reimer-v. Gamm, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 2. Bd., 4. Aufl. (1972), 38. Kap., Rdnr. 4; OLG Frankfurt BB. 1961, 1030; krit. v. Godin (FN 118), § 1 UWG, Anm. 186.

164) Vgl. die Nachw. in FN 74.

165) Vgl. die Nachw. in FN 75.

166) BGH GRUR 1971, 162, 163, mit insoweit krit. Anm. Knopp 163, 164 a.E.

167) BGH NJW 1975, 689, 690 - Werbung am Unfallort I.

Der Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter hat in zweifacher Hinsicht eine wettbewerbsrechtliche Ausgestaltung erfahren. Einmal wird der Verhaltensmaßstab der guten Sitten unmittelbar beeinflusst ¹⁶⁸⁾; so sind z.B. gesundheitsbezogene Werbeaussagen nur in engen Grenzen erlaubt worden, da die Verbraucher insoweit in besonderem Maße vor Irreführung zu schützen seien ¹⁶⁹⁾; zum anderen - und dort liegt das Schwergewicht des Schutzes nach § 1 UWG - werden Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen, die dem Schutz der Volksgesundheit oder eines anderen wichtigen Gemeinschaftsgutes dienen, per se als Verstöße gegen die wettbewerbsrechtlichen "guten Sitten" gewertet, da es sich bei solchen Normen um wertbezogene oder ethisch fundierte Normen handele ¹⁷⁰⁾. Gegen diese "automatische" Gleichsetzung von Gesetzesverletzung und Sittenverstoß hat sich neuerdings Schricker ¹⁷¹⁾ gewandt: Was z.B. gesundheitspolitisch unerwünscht sei, sei noch nicht unlauter; es komme vielmehr allein darauf an, ob die verletzte Norm eine wettbewerbsrechtliche Zielsetzung habe oder ob sich der Zuwiderhandelnde jedenfalls einen ungerechtfertigten Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft habe. Darauf wird zurückzukommen sein (§§ 6 II 4, 12 II 3 c).

9. Erhöhter Bestandsschutz bestimmter Gewerbebezüge

Bestimmte Branchen genießen im öffentlichen Interesse einen erhöhten Bestandsschutz im Wettbewerb.

168) Vgl. BGH GRUR 1967, 308, 312 f - Backhilfsmittel; GRUR 1967, 592, 593 - "Gesunder Genuß".

169) Vgl. BGH GRUR 1967, 592, 593; vgl. auch die strengen Sonderregeln des am 1.1.1975 in Kraft getretenen neuen Lebensmittelgesetzes (BGBl. I, 1945), insbes. das Irreführungsverbot des § 17 Abs. 1 Ziff. 5 u. das Verbot gesundheitsbezogener Werbung des § 18.

170) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 538 ff, mit Nachw.; siehe auch oben die Angaben in FN 74 f.

171) Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970), 243 ff, 258.

a) Tagespresse

So hat der BGH in den Anzeigenblatt-Fällen ¹⁷²⁾ grundsätzlich anerkannt, daß die Tageszeitungen wegen ihrer staatspolitischen Aufgabe als Träger der öffentlichen Meinung bevorzugten Schutz im Wettbewerb verdienen ¹⁷³⁾.

b) Gewerbe, die dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen

Privilegiert werden auch die zur Erhaltung wichtiger Gemeinschaftsgüter tätigen Gewerbetreibenden, wie Apotheker, Rechtsanwälte. Verstöße gegen Normen, die diese Berufsstände vor fremdem Wettbewerb schützen, sollen ohne weiteres unlauter sein ¹⁷⁴⁾. So handelt etwa ein Drogist, der unter Verstoß gegen die AMVO apothekenpflichtige Arzneimittel an Verbraucher abgibt, unlauter, weil er sich "über eine im Interesse der Volksgesundheit geschaffene Gesamtordnung hinwegsetzt, dadurch auch mit einem Berufsstand, der lebenswichtige öffentliche Aufgaben zu erfüllen hat und dessen Existenzsicherung sich daher der Gesetzgeber im Rahmen dieser Gesamtordnung angelegen sein läßt, in einen verbotenen Wettbewerb tritt" ¹⁷⁵⁾. Entsprechend ist ein Verstoß gegen den Erlaubniszwang nach Art. I § 1 RBERG ausdrücklich mit der Begründung als unlauter angesehen worden, daß das Gesetz die Rechtsanwaltschaft im Allgemeininteresse vor dem Wettbewerb unberufener Personen schützen wolle ¹⁷⁶⁾.

172) Vgl. die Angaben in FN 18.

173) Vgl. dazu die ausführliche Wiedergabe der Urteilsgründe oben II.

174) Siehe dazu auch oben 8.

175) BGH GRUR 1957, 131, 136 - Apothekenpflichtige Arzneimittel.

176) BGH NJW 1956, 749, 750 - LA-Sachen.

c) Taxigewerbe

Wenngleich die Beförderung durch Taxen nicht ausdrücklich als wichtiges Gemeinschaftsgut anerkannt ist, wird auch diesem Gewerbe besonderer Schutz zuteil: Der BGH hat in einem Verstoß gegen § 49 Abs. 4 PBefG zugleich einen Wettbewerbsverstoß gesehen, da diese "im öffentlichen Verkehrsinteresse" erlassene Vorschrift ein Bereitstellen von Mietwagen zum Schutz der Leistung des Kraftdroschkenverkehrs verbiete¹⁷⁷⁾.

d) Buchhandel

Die Unlauterkeit besonders preisgünstiger (Vorspann-) Angebote von Büchern im Kaffeehandel ist von Untergerichten zusätzlich mit brancheschützenden Erwägungen begründet worden. Die Allgemeinheit habe ein Interesse an einem spezialisierten Fachbuchhandel mit einem breit gefächerten auch wenig gefragte Bücher umfassenden Sortiment. Diese "kulturpolitische Aufgabe" könne der Buchhandel auf die Dauer nicht erfüllen, wenn sein Gewinn aus dem Verkauf marktgängiger Werke durch die Vorspannung der Kaffeefilialisten, die zu einer Marktverstopfung für vergleichbare Bücher führe, erheblich beeinträchtigt werde¹⁷⁸⁾.

e) Meinungsforschungsgewerbe

In der Entscheidung "Verbraucher-Briefumfrage" läßt es der BGH dahingestellt, ob der Schutz von "Bestand und Funktionsfähigkeit der Markt- und Meinungsforschungsinstitute, soweit sie zur Wahrnehmung für die Gemeinschaft wichtiger Aufgaben erforderlich sind", ein wettbewerbsrechtliches Kriterium ist¹⁷⁹⁾.

177) BGH GRUR 1965, 607, 609 - Funkmietwagen.

178) LG München WRP 1975, 57, 58 - Kochbuch; LG Stuttgart NJW 1976, 1270, 1271 - Tierbuch. A.A. die Berufungsinstanz zu vorgehen. Urteil: OLG Stuttgart WRP 1976, 723, 727 und OLG Frankfurt WRP 1977, 645, 648; diese Gerichte wollen keine zusätzlichen Wettbewerbsschranken zugunsten von Buchhändlern errichten.

179) BGH GRUR 1973, 268, 269.

10. Verfassungsrechtliche Wertungen

Nicht selten werden auch verfassungsrechtliche Wertungen in die Abwägung nach § 1 UWG einbezogen.

a) Grundrecht der Meinungs- und Pressefreiheit

Im Vordergrund steht dabei das Grundrecht der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG). Darauf wird einmal zur Untermauerung des öffentlichen Interesses an der Unterrichtung der Allgemeinheit Bezug genommen, wie etwa im bereits aufgeführten Fall der Weitergabe von Informationen an die Presse¹⁸⁰⁾, in dem das Aufklärungsinteresse zur Verneinung eines wettbewerbsrechtlichen Sittenverstößes führt¹⁸¹⁾, oder wie in sonstigen Fällen öffentlicher gewerbeschädigender Kritik, wo das Allgemeininteresse bereits die Ablehnung eines Wettbewerbsverhältnisses bewirkt¹⁸²⁾; in beiden Fällen wird durch Betonung des verfassungsrechtlich geschützten Informationsinteresses der Allgemeinheit eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 1 UWG erreicht. In nicht wenigen Fällen verzichten die Gerichte jedoch auf eine ausdrückliche Absicherung durch die Verfassung. So begnügen sie sich z.B. mit einem bloßen Hinweis auf das Informationsinteresse der Allgemeinheit, um die großzügigere Behandlung des Aufklärungsvergleichs zu begründen¹⁸³⁾.

Zum anderen dient das Grundrecht der Meinungsfreiheit der Begründung eines erhöhten Bestandsschutzes bestimmter Presseorgane im Wettbewerb; auf die Wiedergabe der entsprechenden Urteilsgründe in den Anzeigenblatt-Fällen wird verwiesen¹⁸⁴⁾.

180) BGHZ 50, 1 - Pelzversand; dazu oben 4. a).

181) Vgl. auch BGH GRUR 1967, 308, 312 - Backhilfsmittel: Kein Wettbewerbsverstoß, wenn gewerblicher Verband seine Mitglieder durch Rundschreiben vor Verwendung eines lebensmittelrechtlich umstrittenen Backhilfsmittels warnt und so von seinem Recht auf freie Meinungsäußerung Gebrauch macht.

182) Vgl. die Angaben in FN 65-70.

183) Dazu oben 4. a).

184) Vgl. oben II und die Angaben in FN 18.

b) Verfassungsmäßiger Schutz der Individualsphäre

Als Maßstab für die Auslegung der guten Sitten wird auch der verfassungsmäßige Schutz der Intimsphäre des einzelnen angesehen. Die Verletzung dieses in die Verfassung inkorporierten überpositiven Rechtswerts¹⁸⁵⁾ führte zum Verbot verschiedener Formen belästigender Werbung¹⁸⁶⁾.

c) Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung

Dem Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) wird in der Lumpensammler-Entscheidung des BVerfG entscheidende Bedeutung für die Auslegung des § 1 UWG beigemessen. Das Landgericht hatte in einer durch werbende Aufrufe von der Kanzel unterstützten kirchlichen Sammelaktion einen Verstoß gegen § 1 UWG gesehen und dem klagenden Altmaterialhändler, dessen Betrieb durch die Sammlung zeitweilig fast ganz zum Erliegen gekommen war, einen Anspruch auf Unterlassung der Kanzelwerbung zugebilligt. Das BVerfG hob diese Entscheidung auf, weil das LG die Ausstrahlungswirkung des Grundrechts auf ungestörte Religionsausübung auf die Beurteilung der Kanzelwerbung als "sittenwidrige Wettbewerbshandlung" nicht hinreichend beachtet habe¹⁸⁷⁾.

185) Vgl. BVerfGE 6, 32, 41; 6, 389, 433; 27, 1, 6; 27, 344, 350.

186) BGH GRUR 1955, 541, 542 - Bestattungswerbung; GRUR 1965, 315, 316 - Werbewagen; GRUR 1970, 523, 524 - Telefonwerbung; GRUR 1971, 317, 318 - Grabsteinaufträge II.

187) BVerfG GRUR 1969, 137, 138, 140 - "Aktion Rumpelkammer", m. Anm. Bußmann = BVerfGE 24, 236 = DÖV 1969, 385, m. Anm. Häberle.

V. ART UND WEISE DER ANKNÜPFUNG AN DEN BEGRIFF DER "GUTEN SITTEN"

Wie verfährt nun die Rechtsprechung, um die vorstehend aufgeführten Argumente, die als öffentliche Interessen angesehen werden, mit dem wettbewerbsrechtlichen Maßstab der "guten Sitten" auf einen Nenner zu bringen? Es lassen sich die folgenden charakteristischen Verbindungslinien festhalten, die jede für sich allein, aber auch kumulativ Verwendung gefunden haben:

1. Auffassung der Allgemeinheit

Anknüpfungspunkt ist vielfach die für das Unlauterkeitsrecht modifizierte "Anstandsformel": Eine Wettbewerbs-handlung verstoße dann gegen die guten Sitten, wenn sie dem Anstandsgefühl der verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Auffassung der Allgemeinheit zuwiderlaufe¹⁸⁸⁾. Werden dabei die Interessen der Allgemeinheit für eine strengere Beurteilung ins Feld geführt, wird betont, daß eine Wettbewerbshandlung nicht nur dann unlauter sei, wenn sie gegen das Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden verstoße, sondern auch dann, wenn sie von der Allgemeinheit mißbilligt und für untragbar angesehen werde¹⁸⁹⁾. Wettbewerbsunsitten könnten selbst durch entsprechende Branchenübung nicht gerechtfertigt werden¹⁹⁰⁾. Wenn

188) Z.B. BGH GRUR 1967, 138, 141 - Streckenwerbung. Wenn Schmidt-George, Einfluß des GWB (1969), 46 und Burmann WRP 1967, 71, 75 meinen, der BGH stelle nur auf die Meinung der Gewerbetreibenden ab, so ist das unrichtig.

189) Vgl. BGH GRUR 1955, 541, 542 - Bestattungswerbung; GRUR 1960, 558, 561 - Eintritt in Kundenbestellung; GRUR 1961, 588, 592 - Einpfennig-Süßwaren; GRUR 1967, 430, 431 - Grabsteinaufträge I; GRUR 1970, 523, 524 - Telefonwerbung; GRUR 1971, 317, 318 - Grabsteinaufträge II; GRUR 1973, 210, 211 - Telex-Werbung.

190) Vgl. BGH GRUR 1960, 558, 561 - Eintritt in Kundenbestellung.

dagegen das Allgemeininteresse entgegen der Auffassung der Gewerbetreibenden für die Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung herangezogen wird, heißt es etwa, eine Wettbewerbshandlung sei nicht schon deshalb vom Standpunkt der Lauterkeit des Wettbewerbs aus zu mißbilligen, weil sie den Mitbewerbern unerwünscht und geeignet sei, ihnen erhebliche Benachteiligungen und Schäden zuzufügen ¹⁹¹⁾.

2. Schutz der Allgemeinheit

Ein wettbewerbsrechtlicher Bezug wird häufig auch unter Hinweis darauf hergestellt, daß es Zweck des UWG sei, nicht nur die Mitbewerber, sondern auch die Allgemeinheit zu schützen. Soll eine Wettbewerbshandlung wegen des Allgemeininteresses untersagt werden, wird zumeist hervorgehoben, daß die Allgemeinheit vor Auswüchsen zu bewahren sei ¹⁹²⁾; spricht umgekehrt das Allgemeininteresse für eine großzügigere Handhabung des § 1 UWG, wird im allgemeinen das konkrete öffentliche Interesse - wie etwa das Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit im Fall der vergleichenden Werbung ¹⁹³⁾ - als besonders schutzbedürftig herausgestellt.

191) BGHZ 28, 54, 59 - Direktverkäufe; vgl. auch das bereits oben zu FN 137 zit. Urteil GRUR 1969, 474, 476-Bierbezug I.

192) Vgl. die Nachw. in § 1, FN 72.

193) Vgl. die Nachw. in FN 131.

3. Schutz des Leistungswettbewerbs

Sehr oft wird in einer Verletzung öffentlicher Interessen auch ein Verstoß gegen den Grundsatz des Leistungswettbewerbs gesehen ¹⁹⁴⁾, von dem gesagt wird, daß er im Allgemeininteresse zu beachten sei ¹⁹⁵⁾. Eine Verfälschung des Leistungswettbewerbs ist mindestens ein Indiz für die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung; bei der Wertreklame wird sogar ohne Hinzutritt weiterer Umstände ein Sittenverstoß angenommen ¹⁹⁶⁾.

194) Vgl. BGHZ 43, 278, 284 - Kleenex; BGH GRUR 1971, 162 - Diagnose-Zentrum; GRUR 1972, 603, 606 - Kunden-Einzelbeförderung; GRUR 1973, 591, 593 - Schatzjagd; WRP 1975, 672, 673 - Vorspannangebot; GRUR 1975, 26, 29 - Colgate; WRP 1976, 100, 101 - Mars; OLG Frankfurt DB 1975, 1017 - Eintrittsgelder; OLG Köln WRP 1974, 706, 707 - Herstellereigenes Verkaufspersonal.

195) Z.B. BGHZ 43, 278, 284 - Kleenex.

196) Vgl. die Nachw. in FN 104.

§ 3. DER DISKUSSIONSSTAND IN DER LEHRE

I. KRITIK AN DER RECHTSPRECHUNGSPRAXIS

1. Grundzüge

a) Grundsätzliche Einwände gegen eine Berücksichtigung des Allgemeininteresses

Die sozialrechtlichen Tendenzen der Rechtsprechung in den zwanziger und dreißiger Jahren fanden nach anfänglichen Widerständen die einhellige Unterstützung des Schrifttums ¹⁾. Auch nach 1945 blieb die von der Rechtsprechung weiterhin praktizierte Einbeziehung des Allgemeininteresses in den Schutzbereich des § 1 UWG als solche zunächst von Kritik verschont. Grundsätzliche Einwände gegen die Heranziehung des Allgemeininteresses zur Bildung von Verhaltensnormen nach § 1 UWG wurden erstmals im Jahre 1967 erhoben ²⁾ und sind auch bis in die neueste Zeit hinein nicht verstummt ³⁾. Dabei wird allerdings der Schutz der Verbraucherinteressen im allgemeinen ausdrücklich als Zielsetzung des UWG gebilligt

1) Einzelheiten oben § 1 II 4.

2) Schwartz GRUR 1967, 333; Burmann WRP 1967, 71; ders. WRP 1967, 240; ders. WRP 1967, 385; vgl. auch WRP 1968, 258.

3) Vgl. neben den in § 1, FN 76 Genannten noch Vogt NJW 1976, 729, 734, der annimmt, die Belange der Allgemeinheit könnten nur indirekt auf die Normbildung nach § 1 UWG einwirken. Gegen eine "Überbetonung" des Allgemeininteresses wenden sich auch Reimer-v. Gamm, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 2. Bd., 4. Aufl. (1972), 11 und v. Godin, Wettbewerbsrecht (1974), § 1 UWG, Anm. 14; vgl. auch Anm. 48, wo von einem nur "secundären" Interesse der Allgemeinheit die Rede ist. Vgl. auch Schricker, Gesetzesverletzung (1970), 244 f, der den Allgemeininteressen nur eine "Ergänzungsfunktion" zubilligen will.

oder doch jedenfalls von der Kritik ausgespart⁴⁾. Am nachhaltigsten waren wohl die pointierten Ausführungen von Schwartz, dessen Kritik darin gipfelte: "Soweit die Urteile im Ergebnis befriedigen, war der Lehrsatz (sprich: die Berufung auf das Allgemeininteresse) entbehrlich; soweit er die Entscheidung trägt, befriedigt das Urteil nicht"⁵⁾.

b) Vorwurf unzulässiger Wirtschaftspolitik

Auch bei denjenigen, die die erweiterte Schutzrichtung des § 1 UWG grundsätzlich billigen, ist eine Teilkritik, die sich vorwiegend auf die Einbeziehung wirtschaftspolitischer Erwägungen im Einzelfall erstreckt, weit verbreitet. Der Rechtsprechung wird vorgeworfen, statt Rechtsanwendung Wirtschaftspolitik betrieben zu haben. So werden im Fall des massenweisen Verschenkens von Werbeware nicht nur die betriebswirtschaftlichen und gesamtwirtschaftlichen Nützlichkeitsabwägungen des Reichsgerichts⁶⁾, sondern auch der vom BGH betonte Schutz des Bestands des Wettbewerbs⁷⁾ und das Argument

4) Z.B. Schwartz GRUR 1967, 333, 334, 342; Willemer WRP 1976, 16, 18; Nordemann GRUR 1975, 625, 629 f. Keinen Unterschied zwischen Interessen der Allgemeinheit und der Verbraucher macht aber Samwer GRUR 1969, 326, 328; so auch noch Burmann WRP 1967, 71, 72 und WRP 1972, 511, 514 f, der aber nunmehr von einem unmittelbaren Verbraucherschutz ausgeht, vgl. WRP 1973, 313, 318 f.

5) GRUR 1967, 333, 342; Klammerzusatz vom Verfasser.

6) Würdinger WuW 1955, 71, 76; Seydel MA 1956, 83, 86; Kraft, Interessenabwägung (1963), 248 f; vgl. bereits Nerretter GRUR 1939, 98, 107; die Unzulässigkeit derartiger Argumente kann heute nahezu als unstreitig gelten; repräsentativ Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 104; vgl. aber Thiedig, Verbraucherschutz und Suggestivwerbung (1973), 103.

7) Walther WRP 1957, 161, 162; v. Harder GRUR 1962, 439, 441; Meyer-Cording JZ 1964, 273, 276 u. 310, 311; Döll BB 1965, 173, 176; v. Godin GRUR 1966, 127, 130; Soldner, Warenproben (1968), 99 ff; Hammer, Originalwaren (1970), 60 ff; Scholz ZHR 132 (1969), 97, 110 ff.

einer durch Nachahmung drohenden Übersteigerung des Wettbewerbs⁸⁾ als unzulässige wirtschaftspolitische Wertungen verurteilt; auf Widerspruch trifft es auch, daß im Fall der kostenlosen Verteilung eines Anzeigenblattes der dadurch betroffenen Tagespresse über die wettbewerblichen guten Sitten ein verstärkter Bestandschutz zuteil werden soll⁹⁾. Im Hinblick auf weitere Fallgruppen, insbesondere die vergleichende Werbung und die Außenseiterunterbietung, ist bemängelt worden, daß durch wirtschaftspolitisch motivierte extensive Auslegung des § 1 UWG die Handlungsfreiheit der Wettbewerber zu stark eingeengt werde, was den Ordnungsvorstellungen des GWB zuwiderlaufe¹⁰⁾. Da der Vorwurf, die Rechtsprechung treibe unzulässige Wirtschaftspolitik, auch den Kernpunkt der von Schwartz und anderen geübten Grundsatzkritik ausmacht, sollen die einschlägigen Argumente im Zusammenhang dargestellt werden.

2. Die einzelnen Argumente

Die an der Rechtsprechungspraxis geübte Kritik läßt sich etwa in folgenden Sätzen zusammenfassen:

-
- 8) Vgl. besonders v. Harder GRUR 1962, 439; Döll BB 1965, 173 f; Rinck, Festschrift OLG Celle (1961), 151, 163 f; v. Godin GRUR 1966, 127, 130; Rödding DB 1969, 1877, 1882; Soldner (FN 7), 113 ff; Hammer (FN 7), 62 ff; Eichmann, Mitarbeiter-Festschrift Ulmer (1973), 287, 292 ff; Lehmann, Mitarbeiter-Festschrift Ulmer (1973), 169 ff; Bülow, Psychologischer Kaufzwang (1972), 74 ff; Borck WRP 1975, 75 ff; Hoth GRUR 1974, 547, 549. Eine erste Kritik findet sich bereits bei Seydel MA 1956, 83, 85 f.
- 9) Z.B. Meyer-Cording JZ 1964, 273, 276; v. Godin GRUR 1966, 127, 130; Dunz NJW 1956, 1318 f; Kull JZ 1969, 796 ff; Rinck (FN 8), 151, 164.
- 10) Koenigs NJW 1961, 1041, 1042; Merkel NJW 1961, 1751, 1752; Schwamberger NJW 1961, 1185, 1186; Antoni BB 1962, 1171; vgl. auch Plaßmann JZ 1962, 463, 469; Steindorff, *summum ius* (1963), 58, 72 f; Einzelheiten bei Schmidt-George, Einfluß des GWB (1969), 23 ff (m.w.N.).

(1) Der Schutz der guten Sitten im Wettbewerbsrecht sei im Grundsatz ein individualrechtlicher Schutz zugunsten der wirtschaftlichen Betätigung des einzelnen im Wettbewerb. Die Interessen der Allgemeinheit seien demgegenüber nur mittelbar im Rahmen einer Reflexwirkung des Individualschutzes geschützt ¹¹⁾.

(2) Gegen die Einbeziehung der Allgemeinheit in den Schutz des UWG spreche das von diesem Gesetz aufgestellte Sanktionensystem privatrechtlicher und privatverfügbarer Ansprüche und Klagen einzelner, der unlauteren Wettbewerbshandlung besonders nahestehender Personen und Personengruppen. Die privatrechtliche Regelung bilde nach dem Willen des Gesetzes und in der Praxis eindeutig den Schwerpunkt; einem vom UWG unmittelbar bezweckten Schutz der Allgemeinheit hätten mehr eine Popularklage oder wirtschaftsbehördliche Eingriffsstatbestände, wie z.B. im GWB, entsprochen ¹²⁾.

(3) Die Allgemeinheit als solche sei überhaupt gar kein am Wettbewerb Beteiligter. Es frage sich, wie dann ein über das Verbraucherinteresse hinausgehendes Interesse der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs bestehen könne ¹³⁾. Soweit damit das allgemeine Interesse an der Reinhaltung des Wettbewerbs gemeint sei, handele es sich um nichts anderes als das hinsichtlich aller Rechtsnormen bestehende öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung ¹⁴⁾.

11) Prölss ZHR 132 (1969), 35, 7 f; vgl. auch Scholz ZHR 132 (1969), 97, 110 f; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (1958), 225; Nordemann GRUR 1975, 625, 629 ff; Willemer WRP 1976, 16, 18 f.

12) Schwartz GRUR 1967, 333, 336; Prölss ZHR 132 (1969), 35, 77 ff, 79 f; Wolf BB 1971, 1293, 1295; Kummer, Anwendungsbereich (1960), 81 f; Burmann WRP 1967, 71, 74; Willemer WRP 1976, 16, 18; ders., GWB - Einwendungen (1975), 30 f.

13) Burmann WRP 1967, 71, 76; Nordemann GRUR 1975, 625, 627; Willemer WRP 1976, 16, 18; ders., GWB-Einwendungen (1975), 31 f.

14) Burmann WRP 1967, 71, 75 f; Willemer WRP 1976, 16, 18; vgl. auch Kraft, Festschrift Bartholomeyczik (1973), 223, 230.

(4) Die Interessen der Allgemeinheit seien ohne Notwendigkeit und ohne eingehende wettbewerbsorientierte Begründung in den Schutzbereich des § 1 UWG einbezogen worden, was zu einer Ausuferung des Unlauterkeitsprinzips geführt habe. Die individualrechtliche Betrachtungsweise werde zu Unrecht geringer eingeschätzt als die sozialrechtliche. Sachgerechte Ergebnisse hätten etwa auch erzielt werden können durch stärkere Betonung des Abnehmerschutzes und des Gesichtspunkts unzulässiger Behinderung der Mitbewerber ¹⁵⁾.

Überhaupt fällt es auf, daß viele Kritiker der Rechtsprechung einen objektiven Ansatz zur inhaltlichen Bestimmung der guten Sitten versuchen und offenbar von daher zur Entbehrlichkeit des Allgemeininteresses gelangen: Burmann will die maßgeblichen Gesichtspunkte aus der "Struktur des Wettbewerbsverhältnisses" gewinnen, also im Wege einer objektivierenden, "funktionsorientierten" Auslegung der guten Sitten ¹⁶⁾. Nordemann ¹⁷⁾ und Bülow ¹⁸⁾ versuchen im Wege einer wettbewerbsrechtlichen Ausdeutung des Art. 2 Abs. 1 GG ("Rechte anderer") objektive Kriterien zu gewinnen und so zu einer sachgerechten Lösung zu gelangen. Vogt ¹⁹⁾ stellt demgegenüber, wie auch schon von Godin ²⁰⁾, auf die objektiv als "gut" zu wertende Sitte im Sinne eines "zur Norm erhobenen Brauchs", d.h. einer Konventionalnorm ab;

15) Schwartz GRUR 1967, 333, 341 f; Samwer GRUR 1969, 326, 327 f; Kraft (FN 14), 223, 237 f; vgl. auch Prölss ZHR 132 (1969), 35, 80; Schricker (FN 3), 244 f.

16) Vgl. vor allem WRP 1967, 240, 245 ff, 248; WRP 1968, 258, 260 ff, 264; WRP 1974, 596, 597 ff; vgl. auch WRP 1973, 313, 317 ff; den "Wettbewerbsbezug" der guten Sitten betont auch Schricker (FN 3), 243 f.

17) GRUR 1975, 625, 629 ff; vgl. auch Nordemann, Wettbewerbsrecht (1971), Rdnr. 39.

18) Bülow (FN 8), 87 ff.

19) NJW 1976, 729, 731 f.

20) GRUR 1966, 127, 128 ff; Wettbewerbsrecht (1974), § 1 UWG, Anm. 59, 61, 67.

während bei von Godin ein Wettbewerbsverhalten dann "gut" ist, wenn es mit der "Generalkonvention des Leistungswettbewerbs" vereinbar ist ²¹⁾, ist bei Vogt "gut", was nützt: Gute Sitten seien die nützlichen Bräuche, die sich im Rahmen des Marktgeschehens entwickelt hätten, mit anderen Worten: die passenden Formen des Wettbewerbs ²²⁾. Ähnlich will Rinck die "ethos-freie Standessitte" entscheiden lassen ²³⁾. Auch Schwartz ²⁴⁾ und Samwer ²⁵⁾ möchten es allein auf das "nachprüfbare Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden" abstellen. Mit dem Hinweis auf das Anstandsgefühl der Allgemeinheit werde nämlich in Wahrheit die Auffassung des Richters als sittliches Empfinden der Allgemeinheit ausgegeben; es fehle das "Korrektiv des Beweises".

(5) In die entgegengesetzte Richtung zielen die Ausführungen von Meyer-Cording ²⁶⁾ und Droste ²⁷⁾, die eine Rückbesinnung auf die sittlichen Grundlagen des Unlauterkeitsrechts fordern. Durch Berücksichtigung vor allem wirtschaftspolitischer Belange werde der ethische Bezugspunkt der wettbewerbsrechtlichen guten Sitten in Frage gestellt und würden bloß unerwünschte Handlungen als sittenwidrig gebrandmarkt.

(6) Damit ist der Haupttenor von Grundsatz- und Einzelkritik angesprochen: nämlich, daß der Richter versucht sein könne, unzulässige Wirtschaftspolitik zu betreiben.

21) Wettbewerbsrecht (1974), § 1 UWG, Anm. 67 f; GRUR 1966, 127, 131.

22) NJW 1976, 729, 733.

23) Rinck (FN 8), 151, 172, 173.

24) GRUR 1967, 333, 342.

25) GRUR 1969, 326, 329.

26) JZ 1964, 273, 276 u. 310, 311; NJW 1960, 1443.

27) DB 1963, 719, 721 ff; WRP 1964, 65, 66 ff; 69; WRP 1965, 35, 36 ff.

In Wirtschaftspolitik und Moral sieht man inkongruente Maßstäbe²⁸⁾. Die Ausdehnung des Schutzbereichs des UWG beschwöre tendenziell die Gefahr herauf, daß unter dem Deckmantel anonymer Allgemeininteressen mehr und mehr wettbewerbsfremde, insbesondere rein wirtschaftspolitische Erwägungen in die wettbewerbsrechtliche Betrachtung eingeschleust würden²⁹⁾. Damit werde jedoch die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung überschritten³⁰⁾ und das Gewaltenteilungsprinzip verletzt³¹⁾. Die Rechtsprechungspraxis trage Züge einer dirigistischen Planwirtschaft. Der Keim eines richterlichen Dirigismus werde sichtbar³²⁾. Das UWG sei aber kein Instrument der Wirtschaftslenkung, sondern wirtschaftspolitisch neutral³³⁾. Wirtschaftspolitische Wertungen könnten allenfalls im Rahmen des GWB Berücksichtigung finden. Eine extensive Auslegung der guten

28) Z.B. Soldner (FN 7), 97; Meydam GRUR 1970, 399, 403; Fikentscher (FN 11), 104 f; ders., Festschrift Hallstein (1966), 127, 135, 139.

29) Schwartz GRUR 1967, 333, 342 f, 349; Samwer GRUR 1969, 326, 328 f; Burmann WRP 1967, 71, 76; ders. WRP 1968, 258, 260; vgl. auch bereits Seydel MA 1956, 83, 86; Würdinger WuW 1955, 71, 76; Rinck (FN 8), 151, 164; v. Harder GRUR 1962, 439, 441; Rödding DB 1969, 1877, 1881 f, der darin "Scheinargumente" sieht.

30) Samwer GRUR 1969, 326, 328; vgl. auch Bülow (FN 8), 75.

31) Kraft (FN 14), 223, 235; Nordemann GRUR 1975, 625, 627.

32) Schwartz GRUR 1967, 333, 343; Rinck (FN 8), 151, 164; vgl. auch bereits Ulmer GRUR 1937, 769, 772.

33) Z.B. Schwartz GRUR 1967, 333, 343; Samwer GRUR 1969, 326, 329; Scholz ZHR 132 (1969), 97, 113; Koenigs NJW 1961, 1041, 1042; Soldner (FN 7), 97 ff, 99; Hammer (FN 7), 58, 60 ff; Illert, Preisvergleich (1965), 35; Döll BB 1965, 173, 176; v. Harder GRUR 1962, 439, 442; zuletzt Kraft (FN 14), 223, 234 f; ders. WRP 1975, 83, 87.

Sitten schränke den Anwendungsbereich des GWB ein ³⁴⁾. Es sei Aufgabe des GWB, nicht des UWG, die freiheitliche, wirtschaftliche Betätigung sowie den Bestand des Wettbewerbs zu schützen. Das UWG habe keine Schutzrichtung im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, sondern gehe von einem intakten Funktionieren des Wettbewerbs aus, habe also nur die Lauterkeit des rechtlich vorausgesetzten Wettbewerbs zu gewährleisten ³⁵⁾. Gegen wirtschaftspolitische Wertungen im Rahmen der guten Sitten spreche auch, daß eine Wettbewerbshandlung nur wegen ihres Handlungsunwerts, nicht dagegen wegen ihres Erfolgsunwerts als unlauter angesehen werden könne; wirtschaftliche Auswirkungen einer Wettbewerbshandlung, wie z.B. auch die Reaktion der Mitbewerber, seien deshalb ohne jede wettbewerbsrechtliche Bedeutung ³⁶⁾.

34) Vgl. Koenigs NJW 1961, 1041, 1042; Fikentscher (FN 11), 104 f, 207 ff; ders., Festschrift Hallstein (1966), 127, 139; im Anschluß daran Schwartz GRUR 1967, 333, 343; Döll BB 1965, 173, 176; Kraft (FN 6), 237 f.

35) Schwartz GRUR 1967, 333, 343; Samwer GRUR 1969, 326, 329; Scholz ZHR 132 (1969), 97, 112 f; Prölss ZHR 132 (1969), 35, 80; Meyer-Cording JZ 1964, 310, 311; v. Harder GRUR 1962, 439, 441; Döll BB 1965, 173, 176; v. Brunn WRP 1964, 177, 179 ff; Soldner (FN 7), 100; Hammer (FN 7), 58; Illert (FN 33), 35; neuerdings Kraft (FN 14), 223, 237 f unter Aufgabe seiner früheren Ansicht in: Interessenabwägung (1963), 247 f und Willemer WRP 1976, 16, 18; ders., GWB-Einwendungen (1975), 32. Die Autoren berufen sich zumeist auf Koenigs und Fikentscher (FN 34), übersehen aber dabei, daß diese durchaus anerkennen, daß die im GWB enthaltene Entscheidung für den freien Wettbewerb "auch die Maßstäbe der guten Sitten im Wettbewerb nicht unbeeinflußt lassen kann" (so z.B. Fikentscher, Wettbewerb (1958), 300; ders., Festschrift Hallstein (1966), 127, 135).

36) Döll BB 1965, 173, 174; v. Harder GRUR 1962, 439, 441; Würdinger WuW 1955, 71 ff; Walther WRP 1957, 161, 162; Rinck (FN 8), 151, 163 f; v. Godin GRUR 1966, 127, 130; Meydam GRUR 1970, 399, 403; Kraft (FN 14), 223, 236 ff; Lehmann (FN 8), 169, 172; Borck WRP 1975, 75, 76.

Das Kriterium der Nachahmungsgefahr begegnet darüberhinaus dem Vorwurf, daß eine bloß gedachte Multiplikation unerwünschter Verhaltensweisen nicht dazu führen könne, einer an sich nicht zu beanstandenden Handlung den Makel der Sittenwidrigkeit zu verleihen ³⁷⁾.

II. VERTEIDIGUNG DER RECHTSPRECHUNG DURCH DIE HERRSCHENDE LEHRE

Die kritischen Stimmen aus dem Schrifttum haben keinen allgemeinen Sinneswandel bewirkt. Noch ist es ganz herrschende Auffassung, daß das Unlauterkeitsrecht nicht nur die einzelnen Mitbewerber, sondern auch die sonstigen Marktbeteiligten (Lieferanten, Verbraucher)

37) v. Harder GRUR 1962, 439; Döll BB 1965, 173, 174; ähnlich krit. zur Nachahmungsgefahr neben den in FN 36 Genannten: Seydel MA 1956, 83, 85; Rödding DB 1969, 1877, 1882; Eichmann (FN 8), 287, 292 ff; Burmann WRP 1967, 385, 387; ders. WRP 1968, 258, 262; Soldner (FN 7), 113 ff; Hammer (FN 7), 62 ff; Bülow (FN 8), 75; Borck WRP 1975, 75 ff.

und die Allgemeinheit schütze³⁸⁾. Doch nicht nur in dieser Grundsatzfrage, sondern auch hinsichtlich der schärfer umstrittenen Zulässigkeit wirtschaftspolitischer Wertungen kann nach wie vor von einer überwiegenden ergebnismäßigen Übereinstimmung von Lehre und Praxis gesprochen werden, wenngleich die Auffassungen darüber, wo im Einzelfall die Grenze zu den bloß unerwünschten, aber nicht unlauteren Wettbewerbshandlungen zu ziehen ist, auseinandergehen.

38) Vgl. aus der neueren Literatur neben den in § 1, FN 77 Genannten: Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 38 f, 45 ff, 65 ff, 77, 80, Allg., Rdnr. 8, 79 f, 86 f; Bergmann, Vergleichende Werbung (1966), 99; Brinkmann WRP 1963, 268, 271 ff; ders., Markttransparenz (1963), 69; Bußmann-Pietzcker-Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl. (1962), 33 f; Eichmann, Vergleichende Werbung (1967), 48; Emmerich, Wettbewerbsrecht (1975), 18, 20; Fikentscher (FN 11), 159, 203; v. Gamm, Wettbewerbsrecht (1964), 6; Gierke-Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht (1975), 289 f; Girth-Sack WRP 1974, 181, 183 ff; Hammer (FN 7), 48, 52 ff; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl. (1974), 41; Hunold, Verkaufswettbewerbe (1966), 28, 47 ff, 55; Joetze, Superlativreklaime (1962), 27; Jungbäck, Vergleichende Werbung (1970), 37, 41; Knöpfle, Rechtsbegriff Wettbewerb (1966), 49 ff; Knopp, Institutionenschutz (1967), 289, 298 ff; v. Köller, Meinungsfreiheit (1971), 78; Kraft (FN 6), 193 ff; Kramer GRUR Int. 1974, 195, 200 ff; Kübler/Simitis JZ 1969, 445, 451; Kummer (FN 12), 77; Kunze, Behinderungswettbewerb (1963), 22; Lehmann, Die Werbung mit Geschenken (1974), 181 ff; Lerche, Werbung und Verfassung (1967), 42 f; Lindacher BB 1975, 1311; Loewenheim GRUR 1975, 99, 103 f; Max, Sittenverstoß (1975), 18; Ott, Festschrift Raiser (1974), 403, 418; Reimer-v. Gamm (FN 3), Kap. 2 Anm. 3; Rinck, Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. (1974), 196; Rosenthal-Leffmann, 9. Aufl. (1969), Einl. 5, § 1 UWG, Rdnr. 152; Sack WRP 1975, 65, 71 ff; Schrauder, Wettbewerbsverstöße (1970), 130 ff; Schricker GRUR Int. 1970, 32, 34; ders. aber zurückhaltender in: Gesetzesverletzung (1970), 244 ff; Soldner (FN 7), 61 ff; Tetzner, UWG, 2. Aufl. (1957), 22 f; ders. NJW 1965, 1945; ders. MDR 1975, 281, 282; Thiedig (FN 6), 75 ff; Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 2. Aufl. (1968), § 8 V 2; Ulmer-Reimer III, Nr. 29.

1. Zusammenfassung der Argumente

Die wesentlichen Argumente der herrschenden Lehre lauten:

(1) Die Entwicklung von einem rein individualen zu einem sozialen Recht, die für das gesamte Privatrecht typisch sei, habe sich auch im UWG-Recht durchgesetzt. Der Wettbewerb reiche in seiner sozialen Wirkung weit über die Interessensphären der rivalisierenden Mitbewerber hinaus und berühre die Interessen aller am Markt beteiligten Personen und darüberhinaus die der Allgemeinheit ³⁹⁾.

(2) Aufgabe von § 1 UWG könne es nicht sein, Standesordnungen ohne Rücksicht auf die Interessen der Allgemeinheit zu sanktionieren. Die Sondernorm bestimmter Gruppen sei für die Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten nicht maßgebend, denn die Rechtsmoral fordere, daß der einzelne Wettbewerber in seiner wirtschaftlichen Betätigung die Grundgebote der öffentlichen Ordnung beachte ⁴⁰⁾.

(3) Es sei von einer einheitlichen Gesamtordnung des Wettbewerbs durch das GWB und das UWG auszugehen ⁴¹⁾. Das übergeordnete objektive Schutzgut beider Rechtsgebiete wird dabei in der Erhaltung des Bestands eines freien und lautereren Wettbewerbs gesehen ⁴²⁾, wobei eine im Vordringen begriffene neuere Ansicht mehr den institutionellen Charakter dieses Schutzes betont:

- 39) Dazu besonders Knöpfle (FN 38), 34 ff, 42, 48 ff; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 39; Hefermehl, Festschrift Nipperdey (1955), 283, 286, 289; Nastelski GRUR 1969, 322, 324; Schrauder (FN 38), 131; Soldner (FN 7), 62 ff; Kraft (FN 6), 193 ff, 201 f.
- 40) Sack GRUR 1970, 493, 501.
- 41) So die heute überwiegende Meinung, vgl. bereits Ulmer, Sinnzusammenhänge (1932), 9 ff, 15; ders. GRUR 1951, 355, 356; a.A.: Knöpfle (FN 38), 345 f; Illert (FN 33), 35.
- 42) Ulmer-Reimer III, Nr. 38 ff; Schrauder (FN 38), 98 ff; Brinkmann WRP 1963, 268, 270; P. Ulmer AfP 1975, 870, 874; ders. Festschrift Hefermehl (1973), 201, 206.

Geschützt sei die Institution des Wettbewerbs als einer selbständigen Ordnungseinheit des sozialen Lebens. Dieser Schutz erfolge sowohl im privaten wie im öffentlichen Interesse, denn die Allgemeinheit habe ein starkes Interesse am Bestand eines leistungsfähigen freien Wettbewerbs; die Zielsetzungen von Beschränkungsrecht (GWB) und Unlauterkeitsrecht (UWG) ergänzten sich dabei in ihrer jeweils individuellen und sozialen Schutzwirkung ⁴³⁾.

(4) Der Durchsetzung öffentlicher Interessen dienten die Verbraucherverbandsklagen nach § 13 Abs. 1 a UWG sowie die den Mitbewerbern gleicher oder verwandter Branchen und Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen eingeräumte besondere Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG. Auch ohne Nachweis einer Individualrechtsverletzung könne nämlich der einzelne gleichsam als "Funktionär der Gesamtrechtsordnung" auftreten ⁴⁴⁾.

(5) Für eine sozialrechtliche Zielsetzung des § 1 UWG spreche auch der systematische Zusammenhang mit den anderen wettbewerbsrechtlichen Normen. Die soziale Funktion des Unlauterkeitsrechts im allgemeinen folge aus dem ordnungspolitischen und gewerbepolizeilichen Charakter der Vorschriften über das Ausverkaufswesen und die Sonderveranstaltungen (§§ 6, 7, 7 a - c, 8, 9 UWG),

43) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdnr. 79, 86 ff, bes. 88, Einl., Rdnr. 39, 66; Kunze (FN 38), 20 ff; Ulmer I, Nr. 79; Raiser, *summa ius* (1963), 145, 156 f; ders. GRUR Int. 1973, 443, 445; Sack GRUR 1970, 493, 501 f; ders. GRUR 1975, 297, 301, 306; Schluep GRUR Int. 1973, 446, 448; Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 253 ff; Jungbäck (FN 38), 44 ff; Ott (FN 38), 403, 419; Lindacher BB 1975, 1311, 1312; Loewenheim GRUR 1975, 99, 103 f; Emmerich, *Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen* (1969), 142.

44) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 39, 48; § 13 UWG, Rdnr. 10 f; Jungbäck (FN 38), 44; Knieper NJW 1971, 2251, 2253 f; Rupp ZRP 1972, 32, 35; Knöpfle (FN 38), 49; Kraft (FN 6), 210; Schrauder (FN 38), 128; Raiser (FN 43), 145, 156 f; vgl. auch Biedenkopf, *Festschrift Böhm* (1965), 113, 133.

aus den zahlreichen Strafvorschriften des UWG (§§ 4, 6, 8, 10 - 12 UWG) sowie aus den mit einer Strafandrohung verbundenen Verboten der Zugabeverordnung und des Rabattgesetzes ⁴⁵⁾.

(6) Was wirtschaftspolitische Wertungen angeht, so besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, daß eine Wettbewerbshandlung nicht allein wegen ihrer wirtschaftspolitisch mißbilligten Folgen nach § 1 UWG untersagt werden kann. Insbesondere betriebswirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen und gesamtwirtschaftliches Nützlichkeitsdenken sollen für sich allein keine Faktoren der Normbildung im Rahmen des § 1 UWG sein ⁴⁶⁾. Der Richter soll auch keine "Tagespolitik" treiben dürfen, ihm soll verwehrt sein, eigene wirtschaftspolitische Konzeptionen zu entwickeln ⁴⁷⁾. Andererseits wird gefordert, den Begriff der guten Sitten im Wettbewerbsrecht am "Wesen des Wettbewerbs" ⁴⁸⁾, am "Sinngehalt des wirtschaftlichen Wettbewerbs" ⁴⁹⁾, an der Funktion des Wettbewerbs in der heutigen Wirtschaftsordnung ⁵⁰⁾ auszurichten.

45) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 39; Sack GRUR 1970, 493, 500; Nastelski GRUR 1969, 322, 323; Jäger, Das gemeine Wohl (1935), 30.

46) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 104.

47) Sack WRP 1975, 65, 71.

48) Brinkmann WRP 1963, 268, 269; ders., Markttransparenz (1963), 68.

49) Lobe I, 7; Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933), 106; Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung (1930), 104; Geiler, Festschrift Pinner (1932), 254 ff; Ulmer GRUR 1951, 355, 356; Kunze (1963), 8; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 67.

50) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 65, 67; Brinkmann (FN 38), 70 ff; ders. WRP 1963, 268, 269 ff; Hunold (FN 38), 48 ff; Kraft (FN 6), 247 f; Kellermann WuW 1965, 551, 559; Schricker (FN 3), 233 ff; ders. GRUR 1974, 579, 582 f; ders. GRUR Int. 1975, 33, 37; Lehmann (FN 38), 194 ff; ders. (FN 8), 321, 329; Ott (FN 38), 403, 419 ff; vgl. auch Sack GRUR 1970, 499 f; ders. WRP 1975, 65, 69 ff; ders. 1975, 261, 262 f.

Als Leitlinien einer funktionsgerechten Auslegung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel werden vor allem zwei Grundsätze der aktuellen Wettbewerbsordnung hervorgehoben: das Leistungsprinzip⁵¹⁾ und die Freiheit des Wettbewerbs⁵²⁾. Während das Leistungsprinzip - und mit ihm der Grundsatz des Leistungswettbewerbs - aus dem Sinn des wirtschaftlichen Wettbewerbs schlechthin abgeleitet wird⁵³⁾, macht sich hinsichtlich des Prinzips der Wettbewerbsfreiheit der Einfluß des GWB bemerkbar: Es bestehe eine "Wechselwirkung" zwischen den Wertungen von GWB und UWG⁵⁴⁾; so könne der Unwertgehalt einer

- 51) Kunze (FN 38), 23 im Anschluß an Lobe I, 7 ff; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 71 ff; v. Godin (FN 3), § 1 UWG, Anm. 12 f; Ulmer-Reimer III, Nr. 23; Kraft (FN 6), 216; Brinkmann (FN 38), 67 ff; ders. WRP 1963, 268, 269 f; Meyer-Cording JZ 1964, 310, 311; v. Godin GRUR 1966, 127, 131; Eichmann (FN 38), 116 ff, 119 f; Hunold (FN 38), 53 ff, 107; Fikentscher (FN 11), 113 ff; Hubmann (FN 38), 241 f; Tetzner (FN 38), Vorbem. 3 FN 5 (S. 16); Soldner (FN 7), 75 ff. Kritisch zum Leistungswettbewerb: Freitag, Leistungswettbewerb (1968), 120 ff; Knöpfle (FN 38), 59; Jungbäck (FN 38), 38 ff; Hammer (FN 7), 77; Schmidt-George (FN 10), 81 ff, 151 ff; Dörinkel DB 1967, 1883, 1885. Im einzelnen dazu unten § 5 II 4.
- 52) Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdnr. 8, 79, Einl. UWG, Rdnr. 66, 83; Ulmer-Reimer III, Nr. 38 ff; Kraft (FN 6) 247 f; Köller (FN 38), 81; Hubmann (FN 38), 245 f; Kunze (FN 38), 7 f, 20 ff; Eichmann (FN 38), 59 ff; E. Koch, Schadenersatz (1967), 65 ff; Gieseke GRUR 1950, 298, 311.
- 53) Vgl. von den in FN 51 Genannten bes. Baumbach-Hefermehl, Kunze und Lobe.
- 54) Vgl. statt vieler Fikentscher (FN 11), 104, 244 ff; ders., Festschrift Hallstein (1966), 127, 134 ff; Ulmer-Reimer III, Nr. 40; Koenigs NJW 1961, 1041, 1042; Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 253 ff; Brinkmann WRP 1963, 268, 269 ff; Völp WRP 1961, 135, 136; ders. GRUR 1972, 178, 181 ff; Rinck BB 1962, 105; Antoni BB 1962, 1171, 1172; Hammer (FN 7), 56 ff, 58; Jungbäck (FN 38), 50 ff; v. Köller (FN 38), 81; Markert NJW 1963, 1525, 1527; Eichmann (FN 38), 60; Kunze (FN 38), 46; Merkel NJW 1961, 1751, 1752; Kraft (FN 6), 216, 246 ff; Loewenheim GRUR 1975, 99, 104; Ott (FN 38), 403, 419; Sack GRUR 1970, 493, 500; ders. BB 1970, 1511, 1517; ders. WRP 1974, 247, 251; ders. WRP 1975, 65, 71; ders. WRP 1975, 261, 262; Belke ZHR 138 (1974), 227, 238 ff; Kramer GRUR Int. 1974, 195, 201 f; Schmidt-George (FN 38), 145 f, dort auch weitere Einzelheiten 21 ff.

Wettbewerbsbehandlung nach § 1 UWG auch darin gesehen werden, daß sie den Bestand des Wettbewerbs gefährde⁵⁵⁾. Hinter dieser formalen Übereinstimmung verbirgt sich allerdings ein grundlegender Unterschied im Verständnis des Verhältnisses von GWB und UWG, der im Einzelfall durchaus zu verschiedenen Ergebnissen führen kann: Während die wohl noch herrschende Lehre die gegenseitige Beeinflussung der beiden Normbereiche mehr auf ein "antinomisches Spannungsverhältnis" zwischen GWB und UWG zurückführt und in erster Linie eine "Entlastung" des UWG von wirtschaftspolitischen Wertungen erreichen will⁵⁶⁾, betont die neuere Lehre vom Institutionenschutz die Konvergenz und gegenseitige Ergänzung der beiderseitigen Zielsetzungen; die guten Sitten des § 1 UWG seien nicht als einseitige Beschränkung der durch das GWB garantierten Wettbewerbsfreiheit aufzufassen, sondern ihrerseits im Kontakt mit der Grundwertung dieses Gesetzes auszulegen⁵⁷⁾.

(7) Das Lager ist ähnlich gespalten, wenn es darum geht, die Rechtsprechung gegen den von der Gegenseite geäußerten Einwand zu verteidigen, das UWG sei wirtschaftspolitisch neutral. Die noch herrschende Meinung befolgt gewissermaßen eine Defensivtaktik, indem sie den Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG

55) Kraft (FN 6), 248; Hubmann (FN 38), 258; Schriccker (FN 3), 235; Raiser GRUR Int. 1973, 443, 445 f; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 66, 88, 110, § 1 UWG, Rdnr. 163; Ulmer-Reimer III, Nr. 41; Hunold (FN 38), 47; Lindacher BB 1975, 1311, 1312.

56) Vgl. bes. Fikentscher, Festschrift Hallstein (1966), 127, 135 ff.

57) Raiser GRUR Int. 1973, 443, 445; Ott (FN 38), 403, 419; Lindacher BB 1975, 1311, 1312; Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 253 ff; Belke ZHR 138 (1974), 227, 238 ff; Sack GRUR 1975, 297, 301 ff; Emmerich (FN 43), 143; wohl auch Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdnr. 87 a.E., 88 und Einl. UWG, Rdnr. 66 - es findet sich dort allerdings noch manche unklare Formulierung, vgl. z.B. Allg., Rdnr. 86.

zwar anerkennt, jedoch einen Konflikt mit den Grundsätzen der Rechtsprechung leugnet. Entweder glaubt man, der Gefahr wirtschaftspolitischer Wertungen durch behutsames, am Wesen des Wettbewerbs orientiertes Vorgehen entgehen zu können⁵⁸⁾, oder man erreicht eine scheinbare Harmonie dadurch, daß man unter wirtschaftspolitischer Neutralität gerade ein Offensein für wirtschafts- und gesellschaftspolitische Wertungen versteht. Nach dieser Ansicht soll § 1 UWG kraft seiner neutralen Grundkonzeption Wertungsgesichtspunkte aufnehmen können, die in dem Wirkungsrahmen der jeweiligen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung ausgebildet worden sind; die Grundsätze der Wirtschaftsverfassung sollen sich auf die sittlich-rechtliche Beurteilung einer Wettbewerbs-handlung auswirken können⁵⁹⁾.

Demgegenüber werden die Stimmen immer zahlreicher, die sich gegen die angebliche Unvereinbarkeit von wirtschaftspolitischen Wertmaßstäben und wettbewerbsrechtlicher Lauterkeit wenden und offensiv für eine wirtschaftspolitische Orientierung der guten Sitten des Wettbewerbsrechts eintreten⁶⁰⁾. Wirtschaftspolitik und Wirtschafts-

58) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 104, § 1 UWG, Rdnr. 63; Ulmer-Reimer III, Nr. 29, FN 40, Nr. 54, FN 114; Nastelski GRUR 1969, 322, 325.

59) Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdnr. 79.

60) Raiser GRUR Int. 1973, 443, 445; Sack GRUR 1970, 493, 499 f; ders. WRP 1974, 247, 248 ff; ders. WRP 1975, 65, 71 ff; ders. WRP 1975, 261, 262 ff; ders. GRUR 1975, 297, 301 ff; Thiedig (FN 6), 75 ff, 101 ff; Loewenheim GRUR 1975, 99, 103; Belke ZHR 198 (1974), 227, 239; ders. ZHR 132 (1969), 93, 95; Reich-Wegener JuS 1974, 561, 564 ff; Girth-Sack WRP 1974, 181, 183 ff; Ott (FN 38), 403 ff; Lehmann (FN 38), 321 ff; Joerges RabelsZ 1972, 421, 461 ff; Lindacher BB 1975, 1311, 1312; wohl auch Schmidt-Syaßen, Wechselwirkung (1973), 202; Tetzner MDR 1975, 281, 283 f; K. Simitis, Gute Sitten (1960), 51; ders., Verbraucherschutz. Schlagwort oder Rechtsprinzip? (1976), 97 ff, 144 ff; Fezer BB 1976, 705 f; Spengler MA 1955, 87, 91; Kübler-Simitis JZ 1969, 445, 451 f. Die wirtschaftspolitische Neutralität wird auch geleugnet von Schricker GRUR 1974, 579, 582 f; Jungbäck (FN 38), 47; Rinck (FN 38), 200. Rheinfels (DB 1957, 813, 814 u. WuW 1956, 785, 788) will auf das "wirtschaftspolitische Verantwortungsgefühl" abstellen.

ethik seien nicht zu trennen⁶¹⁾. Das UWG habe schon anfangs rein wirtschaftspolitische Zwecke verfolgt⁶²⁾. Die guten Sitten seien tatsächlich von dem Wandel der Rechts- und Wirtschaftsordnung nicht unberührt geblieben⁶³⁾ und hätten einen "Funktionswandel" durchgemacht⁶⁴⁾. Im Vordergrund der Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel stehe nicht mehr die Rezeption sozialer Normen, sondern die Delegation der Rechtsetzung an den Richter; damit sei faktisch Wirtschaftspolitik an die Stelle der guten Sitten getreten⁶⁵⁾.

Ungeklärt bleibt aber auch hier, welche Wertungen denn nun im einzelnen Berücksichtigung finden können. Nach Lehmann sollen nur Maßnahmen, die einen "unmittelbaren Angriff auf die Grundvoraussetzungen der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs darstellen", nach § 1 UWG verboten sein⁶⁶⁾. Sack will weitergehend nicht nur die "Grundprinzipien unserer Wirtschaftsordnung", sondern auch "wirtschaftspolitische Entscheidungen, die in unsere Rechtsordnung Eingang gefunden haben", berücksichtigen⁶⁷⁾ und verweist allgemein auf die Grundsätze richterlicher Rechtsfortbildung⁶⁸⁾. Ähnlich möchte Ott die inhaltlichen Entscheidungskriterien in einem "offenen Prozeß fallbezogenen Problem Denkens" entwickelt sehen⁶⁹⁾. Im einzelnen ist manches streitig; so stößt insbesondere die wohl am weitesten reichende Forderung von Sack, den

61) Sack GRUR 1970, 498, 501; ders. WRP 1974, 248 f; Lehmann (FN 8), 321, 325 f.

62) Sack GRUR 1970, 498, 499; Joerges RabelsZ 1972, 421, 466 u. 443 mit FN 107.

63) Sack GRUR 1970, 498, 499; Simitis (FN 60), 51; vgl. auch Lehmann (FN 8), 321, 323, 326 ff.

64) Ott (FN 38), 417; Joerges RabelsZ 1972, 421, 466 f; Lindacher BB 1975, 1311, 1314; Teubner, Standards (1971), 52 ff; Lehmann (FN 8), 326; Reich-Wegener JuS 1974, 561, 564; Kramer GRUR Int. 1974, 195, 202; Thiedig (FN 6), 75 ff.

65) Ott (FN 38), 418.

66) Lehmann (FN 38), 195 f; ders. (FN 8), 321, 329 ff.

67) GRUR 1970, 493, 499 f, 502.

68) WRP 1974, 247, 250 ff.

69) a.a.O. 420.

Mittelstandsschutz mit Hilfe von § 1 UWG zu verbessern⁷⁰⁾, auf wenig Gegenliebe auch bei denjenigen, die prinzipiell für eine wirtschaftspolitische Öffnung des Sittenbegriffs eintreten⁷¹⁾.

2. Verschiedene dogmatische Ausgangspositionen

Die Einigkeit im Grundsätzlichen wird erzielt trotz teilweise unvereinbar erscheinender dogmatischer Ausgangspositionen hinsichtlich des geschützten Rechtsguts des UWG⁷²⁾ wie auch hinsichtlich des Rechtscharakters und des Bedeutungsgehalts der guten Sitten des § 1 UWG⁷³⁾.

a) Schutzgutlehren

Das Kennzeichen des unlauteren Wettbewerbs wird überwiegend in einem Verstoß gegen objektive Verhaltensnormen gesehen, die nicht einem wie auch immer gearteten Individualschutz, sondern einem umfassenden Interessenschutz dienen⁷⁴⁾. Aber auch die in der Minderheit befindlichen modernen Verfechter eines subjektiven Rechts als Schutzgut des UWG, ob sie nun einer mehr persönlichkeits-

70) WRP 1975, 65, 69 ff; WRP 1975, 261, 262 ff.

71) Krit. z.B. Lindacher BB 1975, 1311 f; abl. auch Schricker GRUR 1974, 579, 581; differenzierend Ott (FN 38), 427.

72) Darstellung des Meinungsstands mit jeweils umfangr. Nachw. bei Schrauder (FN 38), 110 ff; Knöpfle (FN 38), 34 ff; Kraft (FN 6), 151 ff, 196 ff; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 40-43.

73) Einen umfassenden Überblick über den Stand der Meinungen vermitteln Katzenberger, Recht am Unternehmen (1967), 93 ff; Schricker (FN 3), 190 ff; Kraft (FN 6), 102 ff; Eichmann (FN 38), 40 ff; Simitis (FN 60), 3 ff; Teubner (FN 64), 13 ff; Krasser, Schutz vertraglicher Rechte (1971), 264 ff.

74) Vgl. die in FN 38 Genannten mit Ausnahme der in FN 75-77 Aufgeführten; ferner: Schwartz GRUR 1967, 333, 334; Willemer WRP 1976, 16, 18 f u. wohl auch Burmann WRP 1967, 71, 73 ff.

rechtlichen ⁷⁵⁾ oder einer mehr unternehmensrechtlichen ⁷⁶⁾ Theorie zuneigen, räumen ein, daß die vom UWG erfaßten Interessen so vielgestaltig seien, daß sich der Unlauterkeitsschutz nicht als bloßer Individualschutz erklären lasse, sondern daneben auch die Interessen der Allgemeinheit geschützt seien ⁷⁷⁾.

b) Rechtscharakter der guten Sitten

Bleibt der noch immer nicht ausgetragene Streit, ob § 1 UWG auf die "gute Sitte" ⁷⁸⁾, Maßstäbe der Sittlichkeit ⁷⁹⁾ oder den "ordre public" ⁸⁰⁾ verweist oder überhaupt nur eine methodische Anweisung an den Richter

75) Fikentscher (FN 11), 227 ff, 230; ähnlich Kummer (FN 12), 87 ff, 94 ff.

76) v. Godin (FN 3), § 1 UWG, Rdnr. 15 f; Tetzner (FN 38), Vorbem. Anm. 12; Hubmann (FN 38), 41, 243 ff.

77) Fikentscher (FN 11), 8, 203; Kummer (FN 12), 77; v. Godin (FN 3), § 1 UWG, Anm. 14, vgl. aber auch Anm. 48; Tetzner (FN 38), Vorbem. Anm. 12; Hubmann (FN 38), 40 f; ders. AcP 155, 85, 87 f, 99 f; ebenso bereits Nerreter, Allgemeine Grundlagen (1936), 59 ff; Alexander-Katz, Moderne Fälle (1933), 9; Rosenthal, Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl. (1930), 5.

78) Diese von Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb (1931), 25 ff, 50, begründete Lehre wird heute noch von v. Godin GRUR 1966, 127, 128 ff und Wettbewerbsrecht (1974), § 1 UWG, Anm. 59, 61, u. von Vogt NJW 1976, 729, 732 ff vertreten. Anklänge finden sich bei Eichmann (FN 38), 45 ff; Rinck (FN 8), 151, 170 f, 173.

79) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 57-59; Ulmer-Reimer III, Nr. 50 f; Katzenberger (FN 73), 117 f, 125 ff; Meyer-Cording JZ 1964, 273, 276 u. 310, 311; ders. NJW 1960, 1443; Droste WRP 1965, 35, 36 ff; Boldner (FN 7), 70; Hubmann (FN 38), 241, 244; Joetze (FN 38), 37 ff; Hammer (FN 7), 70 f; weitere Nachw. bei Schricker (FN 3), 192, FN 32.

80) Simitis (FN 60), 165 ff, 175 ff; vgl. auch Pawlowski ARSP 1964, 503, 513; Enneccerus-Nipperdey, AT, 15. Aufl. (1960), § 191 I mit Anm. 6.

enthält, in freier Interessenabwägung zu entscheiden ⁸¹⁾, für die Frage des "ob" eines Schutzes öffentlicher Interessen im Ergebnis auch ohne praktische Bedeutung, so bedingt er doch Unterschiede in der dogmatischen Konstruktion. Die im Ergebnis allseits begrüßte Entwicklung der Rechtsprechungspraxis wird vom jeweiligen Standpunkt aus unterschiedlich gerechtfertigt.

Eine Minderheit setzt Sittenwidrigkeit gleich Rechtswidrigkeit und zieht als alleinige Beurteilungsgrundlage der wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeit unmittelbar entweder die "öffentliche Ordnung" oder die aus den Grundsätzen der Interessenabwägung zu gewinnenden Wertungsgesichtspunkte heran ⁸²⁾. Von diesem Ausgangspunkt aus erscheint eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen bei der Bildung des Urteils der Wettbewerbswidrigkeit im Grundsatz unproblematisch ⁸³⁾.

Aber auch diejenigen, die den sittlich-rechtlichen Bezug keineswegs aufgeben möchten, und "Sittlichkeit" oder "Sitte" als tatsächlich geübtes Verhalten als Maßstab angeben, sehen sich mit den Objektivierungstendenzen in der wettbewerbsrechtlichen Praxis ⁸⁴⁾, mit der zunehmenden Verrechtlichung des Unlauterkeitssurteils ⁸⁵⁾

81) Kraft (FN 6), 43, 128; v. Köller (FN 38), 77; Schrauder (FN 38), 130 ff; Brinkmann WRP 1963, 268, 271; im Erg. auch Sack GRUR 1970, 493, 500 u. WRP 1974, 247, 248 ff.

82) Vgl. die in FN 80 u. 81 Genannten.

83) Vgl. aber auch neuerdings Kraft (FN 14), 223 ff.

84) Eine entsprechende Analyse der Rechtsprechung findet sich vor allem bei Simitis (FN 60), 47 ff; Kraft (FN 6), 116 ff, 124 ff. Zu den Objektivierungstendenzen im Unlauterkeitsrecht vgl. insbes. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 60, 83; Knopp, Institutionenschutz (1967), 287 ff; ders. in Soergel-Siebert, § 826 BGB, Rdnr. 8, 11; Mayer-Maly, Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit (1971), 10, 43 ff.

85) Dazu Schricker (FN 3), 224 m.w.N.

konfrontiert. Um trotz ethischer Fundierung des wettbewerbsrechtlichen Unwerturteils, bzw. Abstellens auf die tatsächlich geübte Sitte eine Berücksichtigung auch öffentlicher Interessen zu ermöglichen, werden - zumeist kumulativ - zwei "Brücken" gebaut.

Einmal wird auf die vom Bundesgerichtshof verbesserte "Anstandsformel" des Reichsgerichts ⁸⁶⁾ verwiesen; danach erfolgt die Bestimmung der guten Sitten im Wettbewerbsrecht anhand des Anstandsgefühls des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemeinheit ⁸⁷⁾.

Welche Auffassung maßgebend ist, wenn Gewerbetreibende und Allgemeinheit in der Beurteilung des Unwertcharakters einer Wettbewerbshandlung nicht übereinstimmen, wird allerdings uneinheitlich beantwortet; es findet sich hierzu auch manche unklare Formulierung. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, daß zwar vom Durchschnittsempfinden des verständigen Gewerbetreibenden auszugehen sei ⁸⁸⁾; jedoch komme es auf die strengere Auffassung der Allgemeinheit an, wenn ihre Belange betroffen seien ⁸⁹⁾. So werde das sittliche Empfinden des Durchschnittsbürgers insbesondere durch bestimmte übertriebene Absatz- und Werbemaßnahmen verletzt, die die Umworbenen in grober Weise belästigten. Die Allgemeinheit müsse vor Wettbewerbsauswüchsen, die wegen ihres Ausmaßes

86) Grundlegend RGZ 48, 114, 124.

87) Nastelski GRUR 1969, 322, 323; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 78 ff.

88) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 79; Ulmer-Reimer III, Nr. 55; weitere Nachw. bei Schrickner (FN 3), 194; FN 35 u. 36.

89) Vgl. Ulmer-Reimer III, Nr. 56; Rinck (FN 8), 171; v. Godin (FN 3), § 1 UWG, Anm. 66; Bußmann-Pietzker-Kleine (FN 38), 33 f; Hubmann (FN 38), 245; Tetzner (FN 38), 94 f. A.A. offenbar Rheinfels, WuW 1957, 787, 788, der allein auf eine Meinungsbefragung von 1000 Durchschnittsgewerbetreibenden abstellen will; ähnlich Heintz, NJW 1952, 1006; dagegen Reimann, WuW 1957, 621, 625; Simitis (FN 60), 53.

und ihrer Stärke die Grenze des noch Tragbaren überschritten und das Wirtschaftsleben beunruhigten, geschützt werden⁹⁰⁾. Ob die Auffassung der Allgemeinheit auch dann den Vorzug verdient, wenn sie entgegen der Auffassung der Gewerbetreibenden für die Zulässigkeit der Wettbewerbsmaßnahme spricht, ist streitig. Zum Teil wird die jeweils strengere Auffassung, also auch die im Einzelfall strengere Auffassung der Gewerbetreibenden, für maßgebend gehalten, wobei im allgemeinen aber der Vorbehalt gemacht wird, daß es sich nicht um eine "Unsitte" handeln dürfe⁹¹⁾. Zum Teil werden in jedem Fall die Anschauungen der Allgemeinheit für letztlich maßgeblich angesehen⁹²⁾. Symptomatisch für die allgemeine Unsicherheit in dieser Frage ist der von Hefermehl in seinem Kommentar in den letzten Auflagen eingeschlagene Zick-Zack-Kurs. Hatte er noch in der 9. Auflage⁹³⁾ die jeweils strengere Auffassung entscheiden lassen, so stellte er es - wohl unter dem Einfluß der neueren Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung⁹⁴⁾ - in der 10. Auflage⁹⁵⁾ auf die Auffassung der Allgemeinheit auch dann ab, wenn die entgegenstehende strengere Auffassung der Gewerbetreibenden mit dem Leitprinzip des freien Wettbewerbs kollidiere; das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherung der Wettbewerbsfreiheit habe

90) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 80, 81; Nastelski GRUR 1969, 322, 323.

91) Gierke-Sandrock (FN 38), 300; Reimer-v. Gamm (FN 3), 123; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht (1933), 501; v. Godin (FN 3), § 1 UWG, Anm. 65; Tetzner (FN 38), 41 ff, 47; Ulmer I, Nr. 37-39, 41 f; Kroitzsch GRUR 1965, 12, 15 ff; Bock BB 1958, 957; unklar Fikentscher (FN 11), 112, 113, aber 302 u. Rinck (FN 8), 171 f, aber 168; unrichtig jedoch Schmidt-George (FN 10), 46, wenn er diese Meinung als herrschend bezeichnet.

92) Vgl. Nastelski GRUR 1969, 322, 323; Joetze (FN 38), 42; Reimann WuW 1957, 621; Schmidt-George (FN 10), 146 ff; Eichmann (FN 38), 51 f; Hunold (FN 38), 99 f; im Ergebnis auch Meyer-Cording JZ 1964, 273, 277.

93) Kritisch dazu Rinck (FN 8), 168, vgl. aber auch 171 f; v. Köller (FN 38), 73, FN 38.

94) Vgl. oben § 2 IV 4 a) mit Nachw.

95) Baumbach-Hefermehl, 10. Aufl. (1971), Einl. UWG, Rdnr. 66 a.E.

Vorrang. In der 11. Auflage ⁹⁶⁾ schlägt das Pendel wieder mehr zugunsten der Auffassung der Gewerbetreibenden aus: die strengere Auffassung der Allgemeinheit soll nunmehr nur dann den Ausschlag geben, wenn ihre Belange nach dem Schutzzweck des UWG den Vorzug verdienen.

Zum anderen wird - unabhängig von der jeweiligen Deutung der guten Sitten als "materieller ethischer Standard"⁹⁷⁾, "herrschende Sozialmoral"⁹⁸⁾, "ethisches Minimum"⁹⁹⁾, Normen "sozial-gesellschaftlicher Prägung"¹⁰⁰⁾, "kaufmännischer Standesbrauch ohne moralisches Werturteil"¹⁰¹⁾ "Konventionalnormen"¹⁰²⁾ - eine objektive Erfassung des Unwertcharakters versucht ¹⁰³⁾. Der Maßstab der guten Sitten sei funktionsbezogen ¹⁰⁴⁾, objektbezogen ¹⁰⁵⁾; die "Natur der Sache" müsse zu ihrem Recht kommen ¹⁰⁶⁾.

96) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 79, 81.

97) Meyer-Cording JZ 1964, 273, 277.

98) Z.B. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 57; Krasser (FN 73), 268 ff; Katzenberger (FN 73), 121 ff; jeweils unter Hinweis auf Henkel, Rechtsphilosophie (1964), 133 ff u. Larenz JurJB 66/67, 98, 107 ff; weitere Nachw. bei Teubner (FN 64), 28, FN 160.

99) Hubmann (FN 38), § 46 IV.

100) Eichmann (FN 38), 45.

101) Rinck (FN 8), 168 ff, 173.

102) Z.B. v. Godin GRUR 1966, 127, 128; weitere Nachw. bei Teubner (FN 64), 31, FN 200/201.

103) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 60, 65 ff, 83 ff; Fikentscher (FN 11), 113 ff; v. Godin GRUR 1966, 127, 131; ders., Wettbewerbsrecht (1974), § 1 UWG, Anm. 67 ff; Würdinger WuW 1955, 71, 75 f; vgl. auch Schricker (FN 3), 210 ff, der eine kombinierte Anwendung sittlicher und rechtlicher Maßstäbe vorschlägt.

104) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 65, 67, 83; Schricker (FN 3), 233 ff.

105) v. Godin GRUR 1966, 127, 130 f.

106) Meyer-Cording JZ 1964, 273, 278; Schricker (FN 3), 233 ff, 256 ff.

Daher müsse das Urteil der Sittenwidrigkeit auf den Grundlagen der Wettbewerbsordnung beruhen und mit den wichtigen Grundsätzen der freien Marktwirtschaft, dem Leistungsprinzip wie der Freiheit des Wettbewerbs im Einklang stehen ¹⁰⁷⁾.

Rechtsgrundsätze, die einst zutreffend gewesen sein könnten, bedürften unter dem Gesichtspunkt eines Wandels der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung einer Überprüfung; die guten Sitten seien wandelbar ¹⁰⁸⁾. Es werden zumeist zwei Schichten von Verhaltensregeln unterschieden: Einmal die Regeln, die von der Struktur der Wirtschaftsordnung nicht berührt würden und deren Mißachtung "fraglos" dem sittlichen Empfinden widerspreche; zum anderen die Regeln, die anhand der materialen Kriterien erst im Wege richterlicher Interessenabwägung zu bilden seien ¹⁰⁹⁾.

Wenn sich also, wie z.B. bei neuartigen Werbemethoden, noch keine einheitliche Vorstellung von dem, was sittenwidrig ist, gebildet hat oder wenn bestehende Anschauungen keine Geltung beanspruchen können, weil sie nicht oder nicht mehr mit der veränderten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung übereinstimmen, soll eine Interessenabwägung über das Urteil der Sittenwidrigkeit entscheiden ¹¹⁰⁾. Welches Gewicht hierbei den Interessen der

107) Vgl. von den in den FN 51 u. 52 Genannten: Baumbach-Hefermehl, Meyer-Cording, Eichmann, Hunold, Fikentscher, Hubmann, Soldner, v. Godin, Kunze.

108) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 83.

109) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 83; Eichmann (FN 38), 65; Ulmer GRUR 1951, 355, 358; Steindorff JZ 1959, 197, 199; dazu krit. Brinkmann WRP 1963, 268, 271.

110) Von den in FN 74 Genannten vgl. bes. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 74; Ulmer-Reimer III, Nr. 65 f; Eichmann 51 ff; Reimer-v. Gamm 14 f, 123; Hubmann § 4 V; Emmerich 20.

Allgemeinheit zukomme, entscheide eine an der Gesamtrechtsordnung, d.h. u.a. an der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung, den bestehenden Rechtsinstituten sowie den Wertprinzipien der Verfassung orientierte Auslegung des Rechtsbegriffs der guten Sitten ¹¹¹⁾.

III. GRUNDSÄTZLICHE BEDENKEN GEGEN DIE BISHERIGE PROBLEMBEHANDLUNG IM SCHRIFTTUM

Die Diskussion über das Für und Wider einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Rahmen des Wettbewerbsrechts ist als solche grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt, wie immer auch in der Sache selbst zu entscheiden ist.

1. Unklare Aussagen

Der Begriff der öffentlichen Interessen und - damit gleichzusetzen - die Begriffe "Interessen der Allgemeinheit", "Allgemeininteresse" sind unklar und bedürfen der Konkretisierung, sollen sie einen für die Rechtsanwendung brauchbaren aussagefähigen Inhalt haben. Der Überblick über den aktuellen Stand der Meinungen hat ergeben, daß das Allgemeininteresse für zahlreiche Fallgruppen von Bedeutung sein kann und je nach Lage des Falles in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen zum Ausdruck kommt. Die Interessen der Verbraucher, die sog. Gemeinschaftswerte, verfassungsrechtliche Wertmaßstäbe, Grundsätze der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung, wie z.B. das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit oder der Grundsatz des Leistungswettbewerbs, wirtschafts-, gesell-

111) Vgl. bes. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 60, 64 ff, 83; Eichmann (FN 38), 55 ff; Schricker (FN 3), 223 ff; Krasser (FN 73), 275 ff.

schafts- und sozialpolitische Wertungen der verschiedensten Art, der gesamtwirtschaftliche Nutzen, um die wichtigsten Gesichtspunkte zu nennen: Das alles kann offenbar gemeint sein, wenn auf die Interessen der Allgemeinheit Bezug genommen wird. Ungeachtet dieser Vielfalt möglicher Inhaltsbestimmungen werden verallgemeinernde Urteile über eine Berücksichtigung "des" Allgemeininteresses oder "der" öffentlichen Interessen gefällt, ohne daß Klarheit über Art und Umfang dieser Interessen besteht. Pauschale Ablehnung wie pauschale Zustimmung müssen unter diesem Blickwinkel gleichermaßen skeptisch betrachtet werden. Denn die mangelnde Differenzierung und begriffliche Abgrenzung läßt keine eindeutigen Schlüsse hinsichtlich der beabsichtigten Reichweite der abgegebenen Urteile zu und wirft eine Fülle von Fragen auf. Umfaßt etwa die Forderung nach einem Verbot der Berücksichtigung öffentlicher Interessen nicht nur sog. wirtschaftspolitische Wertungen, sondern auch verfassungsrechtliche Wertmaßstäbe oder wichtige Gemeinschaftswerte, wie die Volksgesundheit? Wie weit ist andererseits der Kreis der überwiegend für zulässig gehaltenen verbraucherschützenden Erwägungen zu ziehen? Die meisten Stellungnahmen schweigen sich hierzu aus.

Wie steht es überhaupt mit dem auch von der herrschenden Meinung befürworteten Verbot sog. rein wirtschaftspolitischer Wertungen? Die hierzu abgegebenen Stellungnahmen leiden an demselben Mangel wie die gesamte Diskussion um die öffentlichen Interessen: Die Begriffe sind nicht klar. Zum Teil wortwörtliche Übereinstimmungen in der Phraseologie verdecken gravierende Unterschiede in der Sache, wie sich beim näheren Hinsehen ergibt. Sind etwa der Schutz des Bestands des Wettbewerbs, die Forderung nach Markttransparenz, die sog. Nachahmungsgefahr, der Schutz kleinerer und schwächerer Wettbewerber wie überhaupt der Mittelstandsschutz als wirtschaftspolitische Wertungen aus der juristischen Betrachtungsweise zu verbannen oder handelt es sich hierbei um eigentlich wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte, die bei

der Bildung des Unlauterkeitsurteils berücksichtigt werden müssen? Fließen in das Urteil nicht auch wirtschaftspolitische Argumente ein, wenn vom Schutz des Leistungswettbewerbs die Rede ist oder wenn eine Wettbewerbsmaßnahme deshalb als unlauter eingestuft wird, weil darin ein "übertriebenes Anlocken" gesehen wird oder weil durch "unsachliche Kaufanreize" Käuferströme umgelenkt werden? Ist schließlich die Verhinderung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht ein zulässiges wettbewerbsrechtliches Argument oder verbotene wirtschaftspolitische Wertung?

2. Problemverkürzende Betrachtungsweise

Unklar bleibt folglich auch, für welche Fallgruppen das Urteil über eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen gelten soll. Es besteht ein augenscheinlicher Widerspruch zwischen dem Grundsatzcharakter, der den jeweiligen Stellungnahmen aufgrund der verallgemeinernden Formulierungen anhaftet, und der Tatsache, daß die Bedeutung der propagierten Grundsätze für zahlreiche Fallgruppen offenbar übersehen wurde. So ist z.B. nicht anzunehmen, daß die Gegner einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen eine Änderung der Rechtsprechungspraxis insoweit herbeiführen wollen, als eine Verletzung von Normen, die dem Schutz der Volksgesundheit dienen, als unlauter angesehen wird. Denn diese Fallgruppe wird in diesem Zusammenhang nirgends auch nur erwähnt. Ein Eigenleben führt insoweit auch der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz. Der Streit um die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung bleibt ebenfalls weitgehend ausgeklammert, wenngleich dort die Gesichtspunkte der verfassungsrechtlich geschützten Meinungsfreiheit, der Wettbewerbsfreiheit, der Markttransparenz, des Verbraucherschutzes als Argumente für eine großzügigere Behandlung des wahren Werbevergleichs angeführt

werden. Auch der Meinungsstreit um die Lauterkeit oder die Unlauterkeit der Unterbietung preisgebundener Markenwaren durch einen nicht der Preisbindung unterliegenden Außenseiter wurde in die grundsätzlichen Erörterungen nicht einbezogen¹¹²⁾. Weitere Einzelfälle, insbesondere solche mit Täuschungs-, Belästigungs- und Behinderungscharakter, in denen der Schutz angeblicher Allgemeininteressen zur Begründung der Unlauterkeit der Wettbewerbsmaßnahme angeführt wird, werden nur zum Teil in die Grundsatzdiskussion einbezogen. Hervorzuheben sind hier beispielhaft die wettbewerbsrechtlichen Sachverhalte, in denen dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung bestimmter Vorstellungen über den Begriff der Marke oder über die Institution des unverbindlichen Richtpreises, dem verfassungsrechtlichen Schutz der Intimsphäre sowie der Nachahmungs- und Übersteigerungsgefahr besondere Bedeutung beigemessen wird oder in denen Preisstellung und Preiskampf unter dem Blickwinkel gesamtwirtschaftlicher oder sozialer Nützlichkeit betrachtet werden.

3. Zusammenfassende Kritik

Eine kritische Würdigung der bisherigen Problembehandlung führt also zu dem Ergebnis, daß der schillernde Begriff der Interessen der Allgemeinheit einer einseitigen, nicht am Problemganzen, sondern nur an Teilproblemen ausgerichteten Betrachtungsweise Vorschub leistet. Den Blick fixiert auf wenige im Vordergrund des jeweiligen Interesses stehende Fallgruppen wie etwa das massenweise Verschenken von Werbewaren oder von Anzeigen-

112) Nach dem Fortfall der Preisbindung für Nichtverlagserzeugnisse durch die GWB-Novelle 1973 (Zweites Gesetz zur Änderung des GWB vom 3. August 1973 - BGBl. I 917) hat diese Frage indessen an Brisanz verloren.

blättern oder auch bestimmte Formen der Verbraucherbelästigung, werden nur allzugern verabsolutierende Urteile gefällt, ohne daß Klarheit über deren Reichweite besteht. Die Unsicherheit über die von den jeweiligen Autoren in Wahrheit beabsichtigten Aussagen beeinträchtigt den Wert der Diskussion, die mit einem Kampf an ungleichen Fronten vergleichbar ist.

Wie sehr eine problemverkürzende Betrachtungsweise die Gefahr von Trugschlüssen in sich birgt, zeigt die zahlreichen Urteilen über das Allgemeininteresse zugrunde liegende Auffassung, eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Wettbewerbsrecht führe stets zur Ausdehnung des Unlauterkeitsbereichs ¹¹³⁾. Ein Blick auf einige der oben genannten Fallgruppen, wie insbesondere die vergleichende Werbung und die Unterbietung preisgebundener Markenwaren durch Außenseiter, beweist jedoch, daß bestimmte Interessen der Allgemeinheit nicht nur eine extensive, sondern auch eine restriktive Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Verbotstatbestandes des § 1 UWG bewirken können ¹¹⁴⁾.

IV. ZIELSETZUNG DER ARBEIT UND GANG DER DARSTELLUNG

Um der Gefahr willkürlicher Problemauswahl und daraus resultierender Fehlschlüsse und irreführender Pauschalurteile zu begegnen, ist oben (§ 2) eine möglichst umfassende Übersicht über die Fallgestaltungen gegeben worden, in denen das Allgemeininteresse in irgendeiner Form normbildender Faktor ist oder sein kann. Weitere

113) Vgl. die in FN 26 - 29 Genannten.

114) Das erkennt z.B. Schricker GRUR Int. 1970, 32, 43; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 82; Ulmer-Reimer III, Nr. 41 a.E.

Mißverständnisse, die aus einem unreflektierten Gebrauch des Wortes "Allgemeininteresse" entstehen können, sollen im folgenden § 4 aufgeklärt werden. Es wird sich zeigen, daß die Bezugnahme auf Interessen der Allgemeinheit zwar einen deskriptiven Anschein erweckt, es sich dabei jedoch zumeist um Werturteile handelt. Insbesondere das bei den Gegnern einer Berücksichtigung des Allgemeininteresses herumgeisternde angebliche Dogma von der Höherwertigkeit öffentlicher Interessen erscheint von daher in anderem Licht. Die ebenfalls unklaren Begriffe "Verbraucherinteressen" und "wirtschaftspolitische Wertungen" werden im anschließenden § 5 erläutert. § 6 führt dann zum Kernpunkt der Diskussion, demgegenüber - wie gezeigt wird - alle übrigen Einwände untergeordnet sind: Der wirtschaftspolitischen Neutralität oder Nicht-Neutralität des UWG. Ein zentrales Anliegen dieser Arbeit wird es sein, das angebliche Axiom von der wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG durch den Nachweis zu widerlegen, daß in Wahrheit eine Interdependenz von Wirtschaftsordnung, Gesellschaftsordnung und Wettbewerbsrecht besteht und immer bestanden hat. Diesem Ziel dient in der Hauptsache eine auf die Anfänge des UWG zurückgehende Rechtstatsachenforschung, die die historische Bedingtheit des Wettbewerbsrechts, den gesellschaftlich-ökonomischen Bezug der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel deutlich werden läßt (§§ 7 - 10). Die so gewonnene Erkenntnis eines prinzipiellen Offenseins für ökonomische und außerökonomische Wertungen (zusammenfassend § 11 I, II) findet ihre Bestätigung durch ein modernes Privatrechtsverständnis, das zugleich Leitgedanken für eine aktuelle Auslegung der guten Sitten des § 1 UWG vermittelt (§ 11 III): das Privatrecht erfüllt mit die Staatsaufgabe einer Kontrolle privater wirtschaftlicher Macht, ist zu diesem Zweck in seinen institutionellen Bezügen zu sehen (§ 11 III 1).

Unter dem Dach einer einheitlichen - durch Unlauterkeits- und Beschränkungsrecht geschützten - Wettbewerbsordnung fügt sich das UWG nahtlos in diese allgemeine Privatrechtskonzeption ein (§ 11 III 2). Die besondere Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1, Abs. 1 a UWG ermöglicht es Verbänden und branchenangehörigen Mitbewerbern, als Sachwalter des öffentlichen Interesses aufzutreten (§ 11 III 3).

Die Anerkennung des Allgemeininteresses als eines prinzipiell gleichwertigen Faktors der Normbildung besagt unmittelbar noch nichts über Art und Maß einer Beteiligung öffentlicher Interessen im Einzelfall. Aus der Funktion des UWG, gemeinsam mit dem GWB eine Kontrolle wirtschaftlicher Macht zu verwirklichen und damit einen einwandfreien Ablauf der Institution "freier Wettbewerb" zu gewährleisten, lassen sich jedoch allgemeine Grundsätze für die Anwendung des § 1 UWG ableiten, die exemplarisch anhand typischer Fallkonstellationen konkretisiert werden sollen (§ 12).

Die vorliegende Untersuchung soll damit auf einem Teilbereich einen Beitrag zu dem Bemühen leisten, der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel das nötige Maß an Rationalität und Berechenbarkeit zu verleihen.

§ 4. DIE NORMATIV-DESKRIPTIVE DOPPELSINNIGKEIT VON "ALLGEMEININTERESSE" UND DARAUS RESULTIERENDE GEFAHREN EINES UNREFLEKTIERTEN WORTGEBRAUCHS

Verschiedene gegen eine Berücksichtigung des Allgemeininteresses bei der Bildung des Unlauterkeitsurteils geltend gemachte Einwände haben ihre Ursache in einem einseitig schiefen Verständnis des Begriffs "Interesse" und seiner Wortverbindungen. Es wird vielfach übersehen, daß "Interesse" und damit auch "Allgemeininteresse" in zwei gänzlich verschiedenen Wortbedeutungen Verwendung finden. Die Bezugnahme auf Interessen kann nicht nur die Berufung auf tatsächlich vorhandene Bedürfnisse (I), sondern auch die Abgabe von Werturteilen (II) meinen. Gerade diese zweite Bedeutung steht bei der Rechtsanwendung ganz und gar im Vordergrund (III). Von daher erscheinen manche Einwände verfehlt oder weniger gewichtig (IV - VI).

I. FAKTISCHES ALLGEMEININTERESSE

1. Tatsächliche Bedürfnisse der Mitglieder einer Gemeinschaft

Faßt man "Interesse" soziologisch auf als "zweckgerichtetes Streben von einzelnen oder kollektiven Subjekten" ¹⁾, so handelt es sich beim Allgemeininteresse um tatsächliche Bedürfnisse (Begehrensvorstellungen ²⁾ oder auch bloß latente Wünsche, sog. Begehrungsdispositionen ³⁾ aller oder doch einer Mehrheit der

1) Brockhaus, Enzyklopädie, 9. Bd., 17. Aufl. (1970), Stichwort: Interesse.

2) Der Begriff stammt von Westermann, Interessenkollisionen (1954), 4.

3) Vgl. dazu Heck, Begriffsbildung (1932), 37; ders., Rechtsgewinnung, 2. Aufl. (1932), 27; Kraft, Interessenabwägung (1963), 13.

Mitglieder einer menschlichen Gemeinschaft (Staat, Gruppe) ⁴⁾. Unter Gruppeninteressen sind die gemeinschaftlichen Interessen eines nach übereinstimmenden qualitativen Merkmalen (z.B. nach Tätigkeits- und Funktionsmerkmalen) seiner Mitglieder abgegrenzten Personenkreises zu verstehen. Nicht jedes Gruppeninteresse wird als öffentliches Interesse angesehen. Im Wettbewerbsrecht kommen als Gruppeninteressen z.B. die Interessen der Mitbewerber, der Lieferanten, der Verbraucher ⁵⁾ in Betracht. Allein die Verbraucherinteressen werden im allgemeinen als Interessen der Allgemeinheit angesehen.

Zur Klarstellung sei vermerkt, daß ein faktisches Allgemeininteresse sich nicht notwendig auf ethische Werte oder rechtlich schützenswerte Güter beziehen muß. Überhaupt ist die Nützlichkeit eines Interesses für die Frage seiner empirischen Verifizierbarkeit ohne Belang ⁶⁾.

- 4) Unter welchen Voraussetzungen ein einheitliches Wollen der Gemeinschaftsmitglieder angenommen werden kann, ist streitig. Teils wird eine "unbestimmte Vielheit" als Allgemeinheit angesehen (vgl. BayVGHE 1, 5; Dürig, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs "öffentliches Interesse" (1949), 93 f; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), 178; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I (1974), 171, wobei jedoch im allgemeinen die Mehrheit für ausreichend angesehen wird (vgl. Dürig a.a.O., 38 ff, 78, 118; Martens a.a.O., 194; so auch Klein, Zum Begriff des öffentlichen Interesses (1969), 46 ff). Ähnlich vage Reinhardt, Festschrift Hueck (1959), 439, 441 ("Vielzahl anderer") und Koch, Schadensersatz (1967), 14 ("nur prinzipiell möglichst viele"); eine umfangr. Zusammenstellung der unterschiedlichen Definitionen aus der verwaltungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung findet sich bei Klein a.a.O. 41 ff.
- 5) Unter diesem Begriff werden hier, wie allgemein in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion, nur "private Endabnehmer" verstanden, da letztere einen "Gegenblock" zu den Gewerbetreibenden (Herstellern, Wiederverkäufern, gewerblichen Letztverbrauchern) bilden (vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG 76) und besonders schutzbedürftig sind; dazu unten § 5 I 2 b, m. Nachw. Vgl. allgemein zum Begriff des Verbrauchers: Schneider BB 1974, 767 f.
- 6) Insoweit unrichtig Hubmann AcP 155 (1956), 85, 96, der ein "Streben nach Gütern und Werten" fordert; zu weitgehend auch Westermann (FN 2), 4, der die Begehrnsvorstellungen nur auf die den Parteien "günstigen Rechtsfolgen" bezogen wissen will.

Die Frage, ob es sich um ein schützenswertes, rechtlich anzuerkennendes Interesse handelt, wird erst bedeutsam, wenn das öffentliche Interesse im Rahmen einer Rechtsanwendung zu bewerten und ggf. gegenüber anderen Interessen abzuwägen ist.

2. Bündel von Einzelinteressen

Das als psychisches Phänomen verstandene faktische Interesse der Allgemeinheit ist nicht mehr als ein "Bündel von Einzelinteressen", als die Summierung von Privatinteressen⁷⁾; denn nur die einzelnen menschlichen Individuen können wollen, denken, fühlen⁸⁾. Die Gemeinschaften (Allgemeinheiten) als solche können also nicht Träger faktischer Interessen sein. Es gibt keine eigenständigen faktischen Staats- oder Gruppeninteressen, die gegenüber den zusammengefaßten Individualinteressen ein aliud darstellten⁹⁾. Gegenteilige Auffassungen¹⁰⁾ beruhen entweder auf unzulässiger Personifizierung des Staates und anderer menschlicher Gemeinschaften¹¹⁾ oder verstehen unter öffentlichen Interessen in Wahrheit bestimmte Bewertungsgesichtspunkte für Privatinteressen¹²⁾.

- 7) Ebenso Uher, Freiheit des Berufs (1952), 72; Martens (FN 4), 178; Kraft (FN 3), 15 f; vgl. auch Klein (FN 4), 49; Lerche, Werbung und Verfassung (1967), 41; Merk, Festschrift Schultze (1934), 451, 519; Leisner DÖV 1970, 217, 218 ff.
- 8) So bes. Martens (FN 4), 180 ff m.w.N.; vgl. auch Henkel, Rechtsphilosophie (1964), 204.
- 9) Vgl. Martens (FN 4), 179 ff, mit umfangr. Nachw. S. 182 FN 68; Klein (FN 4), 30 f, 50; Dürig (FN 4), 90.
- 10) Z.B. Wolff-Bachof (FN 4), § 29 III (S. 170 ff); Häberle, Wesensgehaltgarantie, 2. Aufl. (1972), 21; Weick, Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen (1971), 61; Schaefer, in: Wohl der Allgemeinheit (1968), 92, 112 ff; Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes (1902), 205 ff, 215 f; weitere Nachw. bei Martens (FN 4), 178 f FN 46.
- 11) Z.B. Layer (FN 10), 211.
- 12) Vgl. z.B. Schaefer (FN 10), 112 ff; Wolff-Bachof (FN 4), § 29 III (S. 170 ff); Häberle (FN 10), 21 f; Weick (FN 10), 61, die u.a. vom "Stabilitätspolitischen Gleichgewicht" (Schaefer), vom Interesse der Gemeinschaft am "Bestand einer friedlichen sozialen Ordnung" (Wolff-Bachof), am "Schutz von Pressefreiheit und sonstigen verfassungsmäßigen Freiheiten" (Häberle), an der "Nutzung neuer Erfindungen durch die Allgemeinheit" (Weick) sprechen.

Zum Teil wird wohl die Existenz eines selbständigen Staatsinteresses abgelehnt, aber dennoch in dem öffentlichen Interesse mehr gesehen, als nur die Summe von Einzelinteressen, weil es nämlich auch entgegenstehende Interessen von Minderheiten repräsentiere ¹³⁾. Ob nun der Staat oder die Mehrheit als Repräsentant von Einzelinteressen angesehen wird: Die Vertretungstheorien dienen insgesamt lediglich der terminologischen Verschleierung. Das in der Minderheit befindliche Interesse wird nur juristisch eliminiert, bleibt aber doch faktisch bestehen, wird eben gerade *nicht* vertreten durch das Interesse der Mehrheit. Die Verabsolutierung von Mehrheitsinteressen durch Etikettierung als öffentliche Interessen beinhaltet also ein mehr oder weniger verstecktes Werturteil über die Vorzugswürdigkeit oder Nicht-Vorzugswürdigkeit von Interessen; dabei besteht überdies die große Gefahr, daß in Wahrheit nicht einmal der Wille der Mehrheit erforscht wird, sondern der Wertende bzw. Herrschende sein subjektives Werturteil über die Vorzugswürdigkeit von Interessen als objektives Staats- oder Mehrheitsinteresse ausgibt ¹⁴⁾. Derartige monarchische, absolutistische Denkmodelle dürfen nach heutigem Staats- und Verfassungsverständnis als überholt gelten ¹⁵⁾.

13) Vgl. Klein (FN 4), 49 ff; Dürig (FN 4), 36 f, 41 ff.

14) Vgl. Hirsch-Weber, Politik als Interessenkonflikt (1969), 104 ff.

15) Dazu Martens (FN 4), 185.

II. ALLGEMEININTERESSE ALS SAMMELBEGRIFF FÜR BEWERTUNGSFAKTOREN

1. Interesse als Bewertungsfaktor

In seiner zweiten Hauptbedeutung heißt "Interesse": Nutzen, Wert. Auf die Feststellung eines Begehrens, Strebens wird in diesem Fall verzichtet; ein Interesse einer Person oder einer Personenmehrheit an einem bestimmten Gut, an der Erreichung eines bestimmten Zwecks wird vielmehr unterstellt, weil dieses Gut, dieser Zweck vom Beurteilenden aufgrund eigener oder fremdgesetzter Wertskala als erstrebenswert, wertvoll, nützlich für die fragliche Person oder Personenmehrheit angesehen wird. Vom Sollen wird auf das Sein geschlossen. Diese angenommenen Interessen sind also nichts anderes als eine Umschreibung für die Wertmaßstäbe, an denen die (faktischen) Interessen zu messen sind ¹⁶⁾. Soweit die

¹⁶⁾ Vgl. ähnlich Kraft (FN 3), 16; Klein (FN 4), 18 ff. Der Übergang von der Tatsachen-Ebene in die Wert-Ebene, vom Bewertungsobjekt zum Bewertungsmaßstab wird von der (älteren) Interessenjurisprudenz verschleiert. Zwar ist auch ihren Vertretern nicht entgangen, daß die bei der Rechtsanwendung vorzunehmende Interessenabwägung eine Bewertung der Interessen voraussetzt und die Bewertungsmaßstäbe dafür in der gesetzgeberischen Entscheidung enthalten sind (vgl. z.B. Heck, Begriffsbildung (1932), 41; Stoll, Begriff und Konstruktion (1931), 74); nur beschreiben sie den Vorgang der Interessenbewertung und -abwägung unzulänglich und mißverständlich, wenn sie die den Normen zugrundeliegenden Bewertungen und Zielsetzungen (z.B. das Rechtssicherheits-, Billigkeits-, Praktikabilitätsinteresse) als "legislative" (Heck, Gesetzesauslegung, Neuaufl. (1968), 86) oder "ideelle Interessen" (Stoll, a.a.O., 67 FN 1) bezeichnen, um sie dann als bloße "Kausalfaktoren" für die Normbildung den faktischen Interessen gleichzustellen. So beruht nach Heck (a.a.O., 133 FN 37) die Interessenabwägung "auf dem Eingreifen von Entscheidungsinteressen", nämlich von "tieferliegenden Gemeinschaftsinteressen, die das Werturteil bestimmen"; die Interessenabwägung ist also selbst "auch wieder Interessenberücksichtigung"; ähnlich auch Stoll (Begriff und Konstruktion, 67: "Die Begehrensvorstellungen des Gesetzgebers entscheiden über den Inhalt der Rechtssätze".) Diese Formulierungen zeigen

Bewertung durch die Rechtsordnung erfolgt, handelt es sich um Rechtswerte; man spricht dann auch von rechtlich geschützten, von objektiven Interessen ¹⁷⁾.

2. Auswahl bestimmter Bewertungsfaktoren

Öffentliche Interessen als Bewertungsfaktoren (= gesollte Interessen) bezeichnen dementsprechend eine Auswahl bestimmter Wertungsgesichtspunkte, die als nicht allein (faktische) Individualinteressen favorisierende Wertungen angesehen werden ¹⁸⁾. Welche Wertungsfaktoren das sind, bleibt letztlich offen, hängt von der konkreten Problematik ab;

auch, daß es sich nicht bloß um eine terminologische (so aber Kallfaß, Tübingen Schule (1972), 93), sondern um eine gedankliche Unklarheit handelt (wie hier Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl. (1975), 57 ff; Henkel (FN 8), 234 f; Schmiedel, Delektobligationen nach deutschem Kartellrecht (1974), 215). Die Verschiedenheit von Interesse als Bewertungsobjekt und als Bewertungsmaßstab wird auch besonders betont von Westermann (FN 2), 4, der allerdings nicht ganz widerspruchsfrei auch die Begehrensvorstellungen, die die Parteien "haben müssen, wenn sie die ihnen *günstige Rechtsfolge* anstreben", mit den tatsächlichen Interessen gleichsetzt; auch bei diesen gesollten Interessen handelt es sich in Wahrheit um Bewertungsfaktoren.

17) Vgl. Kraft (FN 3), 29; die Terminologie ist jedoch uneinheitlich; vgl. die hiervon abweichenden jeweils verschiedenen Definitionen bei Wolff-Bachof (FN 4), 168; Klein (FN 4), 1^a und Heck, Begriffsbildung (1932), 37.

18) Vgl. ähnlich Martens (FN 4), 185, 186, 193.

eine begriffliche Deduktion ist nicht möglich. Im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Thematik lassen sich etwa die folgenden Erscheinungsformen öffentlicher Interessen unterscheiden:

1. Verfassungsrechtliche Wertmaßstäbe (insbesondere Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit, Art. 5 GG),
2. Bevorzugter Schutz sog. wichtiger Gemeinschaftsgüter (z.B. Volksgesundheit, geordnete Rechtspflege),
3. Schutz bestimmter überragender Persönlichkeitswerte (z.B. Schutz der Individualsphäre, Schutz wirtschaftlicher Handlungsfreiheit des einzelnen),
4. Verbraucherschützende Wertungen (dazu unten § 5 I),
5. Wirtschaftspolitische Wertungen (dazu unten § 5 II).

Diese Aufzählung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit, sondern soll lediglich eine erste Orientierung ermöglichen. Die einzelnen Kategorien, die im übrigen der weiteren problemorientierten Konkretisierung bedürfen, lassen sich auch nicht klar voneinander abgrenzen in dem Sinne, daß ein bestimmter Wertungsgesichtspunkt sich nur in eine Kategorie einordnen ließe; die bei einem konkreten Bewertungsvorgang einschlägigen konkreten Wertungen lassen sich zumeist verschiedenen Kategorien zuordnen. So wird es sich bei den Persönlichkeitswerten häufig auch um verfassungsrechtlich relevante Maßstäbe oder / und wichtige Gemeinschaftsgüter handeln; wirtschaftspolitische Erwägungen können ihren Niederschlag in der Verfassung gefunden haben; das Verbraucherinteresse schließlich kann sich mit dem Schutz von Persönlichkeitswerten und wichtigen Gemeinschaftsgütern wie auch mit verfassungsrechtlichen Wertungen oder wirtschaftspolitischem Ordnungsdenken treffen.

Soweit es sich bei den Wertungsgesichtspunkten im Allgemeininteresse um von der Rechtsordnung anerkannte Wertungen, um Rechtswerte handelt, spricht man auch von maßgebenden ¹⁹⁾ oder auch wahren öffentlichen Interessen. Ansonsten stellen sich diese Wertungsfaktoren für den Rechtsanwender als bloß vermeintliche, postulierte Interessen dar.

3. Abgrenzung

In der Aufzählung sind einige Bewertungsgesichtspunkte, die gemeinhin dem Allgemeininteresse zugerechnet werden, nicht aufgeführt. Es handelt sich um allgemeine Leitwerte der Sozietät, die jeder Rechtsanwendung zugrunde liegen, bzw. eine solche erst ermöglichen. Dazu gehört einmal der Schutz des Staates in seinem Bestand und seinen Einrichtungen ²⁰⁾ sowie der dadurch ermöglichte Schutz einer "friedlichen sozialen Ordnung" ²¹⁾, ferner das öffentliche Interesse an der allgemeinen Beachtung und Durchsetzung der Gesetze ²²⁾; dem letztgenannten Interesse können auch einige überpositive Rechtswerte, wie das Rechtssicherheits- oder Praktikabilitätsinteresse zugeordnet werden, die an jeder rechtlichen Regelung beteiligt sind ²³⁾. Da eine Verwirklichung dieser Leitwerte keine spezifisch wettbewerbsrechtlichen Probleme aufwirft, können sie aus der weiteren Betrachtung von vornherein ausgeschieden werden.

19) Vgl. Wolff-Bachof (FN 4), 172; Martens (FN 4), 186.

20) Vgl. Henkel (FN 8), 254; Reinhardt (FN 4), 439, 441.

21) Vgl. Wolff-Bachof (FN 4), § 29 III a 2 (S. 170).

22) Vgl. Reinhardt (FN 4), 441; Heck (FN 17), 39 spricht diesbezüglich vom Friedens- und Ordnungsinteresse der Gemeinschaft.

23) Vgl. auch Heck (FN 17), 39 ff, 41; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), 65.

Das Interesse der Allgemeinheit an der "Reinerhaltung des Wettbewerbs", an der "Sauberkeit des Wirtschaftslebens" ²⁴⁾, sowie an der Wahrung des Rechtsfriedens ²⁵⁾, ihr Schutz vor "Auswüchsen des Wettbewerbs", vor einer "Verwilderung der Wettbewerbssitten" u.ä. ²⁶⁾ ist lediglich eine Umschreibung für das gesetzgeberische Motiv, nämlich die Lauterkeit des Wettbewerbs zu fördern. Insofern besteht selbstredend ein allgemeines Interesse daran, daß die Lauterkeitsregeln beachtet und durchgesetzt werden; es handelt sich um einen Unterfall der soeben erörterten allgemeinen Rechtswahrungspflicht des Staates. Irgendwelche Schlüsse auf eine Funktion öffentlicher Interessen als normbildende Faktoren können daraus nicht gezogen werden ²⁷⁾. Entsprechende Formulierungen in Urteilen sind aber insofern von Bedeutung, als darin ein - wenngleich leerformelhafter - Hinweis auf versteckte, das Urteil aber in Wahrheit tragende öffentliche Interessen (zumeist wirtschaftspolitische Wertungen) liegen kann.

III. EINHEITLICHES WOLLEN UND WERTEPLURALISMUS

1. Deskriptiver Anschein von Werturteilen über Allgemeininteresse

Der sprachliche Gebrauch des Wortes "Interesse" und seiner Zusammensetzungen legt es nahe, es in seiner erstgenannten Bedeutung, nämlich als tatsächliches Bedürfnis, zu verstehen. Die Wendungen etwa "Es liegt im

24) Vgl. z.B. Ulmer GRUR 1937, 769, 772; RG GRUR 1930, 540, 542.

25) RGZ 132, 311, 317.

26) Vgl. die in § 1, FN 72 und § 2, FN 78 ff aufgeführten Entscheidungen.

27) Insoweit zutreffend die in § 3, FN 14 Genannten; ferner Kraft (FN 3), 250.

Interesse von A" oder "A hat ein Interesse daran, (daß etwas Bestimmtes geschieht oder nicht geschieht)" suggerieren empirisch ermittelte Fakten, aus denen bestimmte logische Schlüsse zu ziehen sind. Ganz ähnlich verhält es sich mit der Anrufung des Allgemeininteresses. Wenn etwa darauf hingewiesen wird, daß ein Interesse der Allgemeinheit an etwas bestehe, so erweckt diese Formulierung den Anschein objektiv richtiger Erkenntnis eines entsprechenden verifizierbaren Allgemeinwillens, dem andere Bestrebungen und Zielsetzungen unterzuordnen sind. Dieser deskriptive Anschein trägt jedoch in den meisten Fällen: Da ein über die Summe der Einzelinteressen hinausgehender eigenständiger Staats- oder Gemeinschaftswille nicht anzuerkennen ist (dazu oben unter I.2.) und einheitliche Willensbildungen, wie gleich zu zeigen sein wird, kaum noch feststellbar sind, werden im allgemeinen Werturteile gefällt, wenn von Allgemeininteressen, öffentlichen Interessen u.ä. die Rede ist.

2. Begrenzte Rolle faktischer Allgemeininteressen

im Unlauterkeitsrecht

Welche Anforderungen man auch immer an das Erfordernis eines einheitlichen Wollens stellen mag ²⁸⁾, es wird in unserer industriellen Massengesellschaft mit ihrer zunehmend pluralistischen Wertordnung ²⁹⁾ immer schwieriger, einheitliche oder auch nur mehrheitliche Auffassungen überhaupt noch nachzuweisen. Dabei sei einmal unterstellt, daß die empirische Sozialforschung geeignete, wissenschaftlich hinreichend abgesicherte Verfahren

28) Vgl. oben FN 4.

29) Vgl. dazu auch Henkel (FN 8), 215 f; Herzog, Allgemeine Staatslehre (1971), 67 ff, 70.

zur Ermittlung sozialer Verhaltenserwartungen und Verhaltensweisen bereithält³⁰⁾. Nur allgemeinste Bestrebungen sind im allgemeinen noch einheitlich feststellbar; sobald konkretere Zwecke verfolgt werden, ist kaum noch eine einheitliche Beurteilung durch die Allgemeinheit erkennbar. Es treten notwendigerweise divergierende Meinungen und Zielkonflikte auf, die eine Wertung unausweichlich machen³¹⁾. Das gilt nicht nur für Interessen der Mitglieder einer staatlichen Gemeinschaft, sondern auch für die sog. Gruppeninteressen. Wenngleich durch die Begrenzung des maßgeblichen Personenkreises eine gewisse personelle "Homogenisierung" der Wertungen erreicht werden mag³²⁾, so greift auch hier der Pluralismus - Einwand grundsätzlich durch³³⁾.

-
- 30) Dazu ausführlich Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971), 260 ff; Birke, Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen (1968), 51 ff.
- 31) Ebenso Esser, in: Esser-Stein, Werte und Wertewandel (1966), 5, 22 ff; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung (1967), 102 ff; Ott, Festschrift Raiser (1974), 402, 410 f; Hirsch-Weber (FN 14), 99; Martens (FN 4), 187, m.w.N. in FN 91; ders. aber andererseits simplifizierend, wenn er Bedenken hinsichtlich der Feststellbarkeit einer Mehrheitsauffassung deshalb für prinzipiell unbegründet hält, weil die Rechtsanwender "ja selbst Glieder der Gesellschaft sind, also Zugang zu den in ihr herrschenden Wertvorstellungen besitzen" (194). Auch hier wird offensichtlich die Frage der Feststellbarkeit tatsächlich vorhandener Interessen mit der Frage nach ihrer Bewertung vermengt. Skeptisch ferner Leisner DÖV 1970, 217, 221; Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970), 218 f; Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" (1966), 54; Denninger JZ 1970, 145, 149. Optimistischer dagegen Teubner (FN 30), 99 ff, im Anschluß an Streißler, Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften (1967), 1, 11 ff - vgl. dazu die insoweit krit. Rezension von Röhl AcP 172 (1972), 555, 558.
- 32) So Teubner (FN 30), 100 f, im Anschluß an Streißler (FN 31), 11 ff.
- 33) Insoweit gegen Teubner: Röhl AcP 172 (1972), 555, 558 f; Ott (FN 31), 415.

Im Einzelfall ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten, z.B. einheitliche tatsächliche Verbrauchererwartungen zu erkennen, da diese sich durchaus widersprechen können ³⁴⁾. Wenn z.B. für Autos, Gesichtswasser, Seife, Zigaretten mit Jugend und Schönheit, mit einer Steigerung des Selbstwertgefühls und Erfolg im gesellschaftlichen und beruflichen Bereich geworben wird, so mag dem einen Verbraucher dieser sogenannte Zusatznutzen ³⁵⁾ willkommen sein ³⁶⁾, ein anderer Verbraucher wird sich eher in seiner Erwartung, sachliche Aufklärung über die angepriesenen Produkte zu erhalten, enttäuscht sehen und mehr Information statt Desinformation verlangen ³⁷⁾; schließlich ist womöglich auch bei den Verbrauchern, die Lustgewinn durch Erwerb des Zweitnutzens verspüren, das latente Bedürfnis vorhanden, ihre Entscheidungsprozesse nicht in der Art fremdbestimmen zu lassen, daß sie sich dieser Einwirkung gar nicht oder nur undeutlich bewußt werden und die Gründe für ihre Kaufentscheidungen nicht mehr voll reflektieren können ³⁸⁾.

Nach alledem wird deutlich, daß die faktischen Allgemeininteressen bei der Rechtsanwendung nur eine begrenzte Rolle spielen können. Überdies wird gerade auch in Wettbewerbsprozessen häufig auf eine Feststellung tatsächlich vorhandener gemeinschaftlicher Interessen verzichtet, da der mit dem Einsatz der empirischen Sozialforschung verbundene erhebliche Aufwand an Zeit und

34) Vgl. auch Belke ZHR 138 (1974), 227, 236 zu FN 22; Schricker GRUR Int. 1970, 32, 39 f.

35) Vgl. dazu Loewenheim GRUR 1975, 99, 100; Abromeit, Das Politische in der Werbung (1972), 125 ff; Thiedig, Suggestivwerbung und Verbraucherschutz (1973), 11 ff; Simitis, Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip? (1976), 104 ff.

36) Vgl. dazu die Überlegungen von Brückner, Die informierende Funktion der Wirtschaftswerbung (1967), 32 ff; Schricker GRUR Int. 1970, 32, 42.

37) Vgl. näher Loewenheim GRUR 1975, 99, 105, m.w.N. in FN 74.

38) Vgl. Loewenheim GRUR 1975, 99, 105.

Kosten die Prozesse unerträglich verlängern und verteuern würde³⁹⁾. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich schließlich daraus, daß es vor allem bei neuartigen Wettbewerbspraktiken angesichts der Kompliziertheit des Sachverhalts an der Anschaulichkeit der Konfliktsituation fehlt, die Voraussetzung für eine Urteilsbildung der fachlich nicht ausgebildeten Gemeinschaftsmitglieder ist⁴⁰⁾. Wenn daher im Wettbewerbsrecht von öffentlichen Interessen die Rede ist, handelt es sich in aller Regel um Werturteile, um bestimmte Bewertungsmaßstäbe für Privatinteressen.

IV. ÖFFENTLICHE INTERESSEN UND INDIVIDUALSCHUTZ

Wenn gegen eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Rahmen von § 1 UWG vorgebracht wird, die individualrechtliche Betrachtung werde zu Unrecht geringer eingeschätzt als die sozialrechtliche⁴¹⁾, so impliziert dieser Vorwurf gleich zwei Mißverständnisse. Einmal wird offenbar von einer Höherwertigkeit der Interessen der Allgemeinheit ausgegangen (V); zum anderen wird ein in Wahrheit so nicht vorhandener Gegensatz von Individualschutz und Allgemeinheitsschutz unterstellt.

39) Zu den weiteren, verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten vgl. Röhl ACP 172 (1972), 555, 560; eine verstärkte Berücksichtigung der empirischen Methode empfehlen Schricker GRUR Int. 1970, 32, 40 und Droste WRP 1966, 323 ff.

40) Vgl. in diesem Sinne auch Schricker (FN 31), 220; ders. GRUR Int. 1975, 33, 37.

41) Z.B. Schwartz GRUR 1967, 333, 342; vgl. auch Samwer GRUR 1969, 326, 328 f.

1. Kein wesenhafter Gegensatz von Privatinteresse und öffentlichem Interesse

Da faktische Öffentliche Interessen sich von faktischen Privatinteressen nur durch die größere Summe unterscheiden (s. oben I 2), heißt das Gegensatzpaar hier nicht Individual-/Allgemeininteresse, sondern Einzelperson-/Gemeinschaftsinteresse. Zur Klarstellung ist zu betonen, daß es wie bei den faktischen, so auch bei den gesollten Öffentlichen Interessen letztlich immer auch um Individualschutz geht. Sie können, wie die anderen Bewertungsfaktoren auch, nur als Bewertungsmaßstäbe für Privatinteressen Bedeutung erlangen, da nur die einzelnen menschlichen Individuen Interessenträger sein können ⁴²⁾. Was diese gesollten Interessen zu öffentlichen macht, ist allein ihre besondere Gemeinschaftsbezogenheit. Das wird besonders deutlich bei den wirtschaftspolitischen Wertungen, die die Interessen aller Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft einbeziehen. Aber auch der durch die oben unter II 2 zu 1. bis 3. aufgeführten Wertungen bezweckte unmittelbare Individualschutz ist wegen der besonderen Bedeutung dieser Individualrechtsgüter für die Rechtsgemeinschaft ein gleichwertiges Anliegen der staatlichen Allgemeinheit. Bei verbraucher-schützenden Erwägungen (zu 4.) verhält es sich ähnlich; Verbraucherschutz ist nicht nur Einzelpersonenschutz, sondern gleichzeitig ein politisches Programm ⁴³⁾.

42) Siehe oben zu I.2.

43) Vgl. v. Hippel, Verbraucherschutz (1974), 1 f, 6 f und die Berichte der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik aus den Jahren 1971 und 1973, abgedruckt bei v. Hippel, a.a.O., 175 ff, 192 ff; ferner die auf dem rechtspolitischen Kongreß der SPD von 1972 gehaltenen Vorträge von Brandner, Däubler, Simitis, Duden und Ralsch, in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft (1972), 39 ff.

Einzelinteresse und Gesamtinteresse bilden also keine Gegensätze mehr in dem Sinne, daß eine klare Trennungslinie zwischen Individualschutz und Sozialschutz gezogen werden könnte; Individualschutz ist zugleich Sozialschutz und umgekehrt; das eine ist die Kehrseite des anderen. Beide Schutzziele ergänzen und bedingen sich gegenseitig ⁴⁴⁾. Das Spannungsverhältnis zwischen Einzel- und Gesamtinteresse, das in der Realität natürlich fortbesteht, ist durch einen komplexen Wertungsvorgang, in dem die verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen sind und in dem sich auf beiden Waagschalen sowohl private als auch öffentliche Interessen befinden können, aufzulösen ⁴⁵⁾.

Diese Auffassung deckt sich mit einem modernen Privatrechtsverständnis, das Privatrecht und Öffentliches Recht nicht mehr als zwei völlig getrennte Regelungsbereiche ansieht, sondern einerseits die privaten Freiheitsrechte durch Gemeinwohlvorbehalte institutionell begrenzt (dazu näher unten Teil III), andererseits private Freiheit als Bedingung öffentlicher Freiheit versteht ⁴⁶⁾.

44) Vgl. zur Verschränkung Öffentlicher und privater Interessen bei Grundrechten Häberle (FN 10), 20 ff; ders. Öffentliches Interesse (1970), 355 ff, 710; Martens (FN 4), 190. Zur Wechselwirkung Privatrechtsordnung-Verfassung vgl. auch Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 239 f; ders. JurJB 1969/70, 102, 109.

45) Vgl. Häberle, Öffentliches Interesse (1970), der zu der Einsicht kommt, daß Öffentliche und private Interessen "wechselbezügliche Größen sind, deren optimale Konkordanz praktisch herzustellen ist" und der darin keine "festen" Größen, sondern "erst durch wechselseitige Abwägung zu gewinnende Inhalte" sieht (270); ferner Reinhardt (FN 4), 442 f.

46) Vgl. Häberle (FN 45), 710; Reinhardt (FN 4), 443.

2. Anspruchsberechtigung und öffentliche Interessen

Ein Unterschied zwischen individual- und sozialrechtlicher Betrachtung besteht allerdings insofern, als jene die Berechtigung zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen davon abhängig macht, daß ein Eingriff in bestimmte individuelle Rechtspositionen vorliegt ⁴⁷⁾, während diese eine solche Rechtsverletzung nicht voraussetzt, sondern die bloße - konkrete oder auch nur abstrakte - Gefährdung von schützenswerten Interessen ausreichen läßt. Die zuletzt genannte Deutung liegt nach heutigem Verständnis (dazu oben § 1 II 3 a) den Klagebefugnissen nach § 13 Abs. 1 und Abs. 1 a UWG zugrunde. Auch einer Einordnung des Verbraucherschutzes als Nur-Individualschutz steht ganz offensichtlich im Wege, daß eine am Deliktsrecht und am subjektivrechtlichen Aktionendenken orientierte Betrachtungsweise bei der Zubilligung von Unterlassungs- und ggf. Schadensersatzansprüchen auf große Schwierigkeiten stößt ⁴⁸⁾.

Die besondere Ausgestaltung des Rechtsschutzes im UWG ist jedoch bei einem Teil der Gegner und Befürworter einer normbildenden Funktion öffentlicher Interessen gar kein Streitpunkt. So wie einerseits auch Individualrechtler heute anerkennen, daß "daneben" auch die Interessen der Allgemeinheit zu schützen seien ⁴⁹⁾, sehen andererseits auch Gegner dieser Auffassung das Ziel des UWG in einem objektiven Interessenschutz ⁵⁰⁾. In Wahrheit besteht aber, wie noch gezeigt werden wird

47) Vgl. Fikentscher, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz (1958), 225; Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb (1931), 56 f; dazu näher unten § 6 II 1 u. § 7 V 2 b).

48) Vgl. nur Mertens ZHR 139 (1975), 438 und die übrigen in § 5, FN 3 a.E. Genannten.

49) Vgl. die in § 2, FN 77 Genannten.

50) Z.B. Schwartz GRUR 1967, 333, 334; Willemer WRP 1976, 16, 18 f und wohl auch Burmann WRP 1967, 71, 73 ff.

(§ 11 III 3), ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der Gestaltung wettbewerblicher Verhaltensnormen und der Ausgestaltung der Legitimation zur Durchsetzung dieser Verhaltensnormen. Für den, der das übersieht, hat die Befürwortung oder Ablehnung einer Berücksichtigung des Allgemeininteresses dann eben nur die praktische, dogmatisch nicht durchdachte Konsequenz, daß bestimmte so qualifizierte Wertungen zuzulassen sind oder zu unterbleiben haben; es wird verkannt, daß es bei der Entscheidung für oder gegen das Allgemeininteresse nicht um ein Problem von bloß quantitativer Bedeutung geht, sondern um ein grundverschiedenes Verständnis der privatrechtlichen Grundlagen des Unlauterkeitsrechts (vgl. § 11 III).

V. DAS DOGMA VON DER HÖHERWERTIGKEIT DES ALLGEMEIN- INTERESSES

Der pauschalen Ablehnung einer Einbeziehung öffentlicher Interessen in den Normbildungsprozeß liegt bei manchen ⁵¹⁾ die Vorstellung zugrunde, die öffentlichen Interessen hätten einen prinzipiellen Vorrang vor den Privatinteressen ⁵²⁾. Diese Befürchtung ist jedoch unbegründet, da es einen solchen Vorrang jedenfalls nach heutigem Staats- und Verfassungsverständnis nicht gibt und auch die Rechtsprechung des BGH zum Unlauterkeitsrecht von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit von Privatinteresse und Allgemeininteresse ausgeht.

51) Vgl. die Angaben in und zu FN 41.

52) Vgl. auch Lehmann, Die Werbung mit Geschenken (1974), 192.

1. Sozialkonflikte trotz Gleichklangs von Einzel- und Gesamtinteresse

Es läge an sich nahe, einen Gegensatz von Individual- und Allgemeininteresse und damit das Vorrangproblem hier überhaupt zu leugnen, weil nämlich die Allgemeininteressen wenigstens mittelbar zugleich Individualinteressen sind und umgekehrt (vgl. oben IV 1); diese an sich zutreffende Erkenntnis⁵³⁾ darf jedoch nicht darüber hinweg täuschen, daß es in der Realität natürlich Konflikte zwischen dem Schutz des Privatbereichs des einzelnen und den Bedürfnissen staatlicher Gemeinschaften gibt. Diskutiert man diese Sozialkonflikte - wie im Dritten Reich geschehen⁵⁴⁾ - unter Berufung auf eine angebliche Harmonie von Einzel- und Gesamtinteresse hinweg, so erreicht man im Ergebnis nichts anderes als eine "Umarmung" des Privatinteresses durch das Gemeinschaftsinteresse, die ebenfalls zum absoluten Vorrang des Allgemeininteresses führt⁵⁵⁾.

2. Gleichwertigkeit privater und öffentlicher Interessen

Ein Übergewicht des Allgemeininteresses kann nur annehmen, wer darin ein aliud gegenüber dem Privatinteresse sieht; ein wesenhafter Gegensatz besteht jedoch gerade nicht (siehe auch oben IV 1.): stellt man auf faktische öffentliche Interessen ab, handelt es sich nur um einen quantitativen, nicht um einen qualitativen Unterschied. Zwar kann die Summenwirkung den Interessen der Allgemeinheit im Einzelfall zu einem besonderen Gewicht verhelfen; einen generellen Vorrang bewirkt sie aber nicht.

53) Ebenso Heck AcP 142 (1936), 129, 175, 183; Boehmer, Grundlagen, 1. Buch (1950), 12 ff, 2. Buch, 1. Abt. (1951), 203.

54) Einzelheiten und Nachweise bei Boehmer, Grundlagen, 2. Buch, 1. Abt. (1951), 202 f.

55) Ebenso Boehmer (FN 54), a.a.O.

Mit der Verneinung eines vom Einzelwillen der Mitglieder unabhängigen Gemeinschaftswillens (dazu oben I 2) wurde die alte Trennung von öffentlichen und privaten Interessen⁵⁶⁾ aufgehoben und damit auch das "absolutistische Fossil"⁵⁷⁾ des Dogmas vom Vorrang öffentlicher Interessen beseitigt. Private und öffentliche Interessen stehen sich heute grundsätzlich gleichberechtigt gegenüber.⁵⁸⁾ Das gilt auch und gerade, wenn es sich - wie im Regelfall - nicht um faktische Interessen, sondern um Bewertungsfaktoren handelt. Die Gemeinschaftsbezogenheit der Allgemeinbelange allein bewirkt noch nicht deren Überlegenheit. Es müssen vielmehr bestimmte Vorzugstendenzen, wie z.B. verfassungsrechtliche Gewährleistung, hinzutreten.

3. Rechtsprechung des BGH in Wettbewerbssachen

Die neuere Rechtsprechung in Wettbewerbssachen bietet keine Anhaltspunkte dafür, daß die Mitberücksichtigung des Allgemeininteresses zu einer generellen Präponderanz öffentlicher Interessen führt. Es wird vielmehr stets darauf verwiesen, daß das UWG neben der Allgemeinheit auch die Mitbewerber schütze, deren Auffassungen nur in Ausnahmefällen unbeachtlich sein sollen (vgl. oben § 2 V 1. u. 2.). Bloß unerwünschte Wettbewerbshandlungen sollen allein deshalb nicht unlauter sein; gesamtwirtschaftlichen Nützlichkeits- und ökonomischen Zweckmäßigkeitserwägungen wird wettbewerbsrechtliche Relevanz abgesprochen⁵⁹⁾. Ein schiefer Eindruck mag deshalb

56) Dazu Häberle (FN 45), 267 ff, m. umfangr. Nachw. aus der Rechtsprechung des ProVG.

57) Häberle (FN 45), 554, m. umfangr. Rechtsprechungsnachweisen 553 ff.

58) Häberle (FN 45), 557 m.w.N.; Reinhardt (FN 4), 443.

59) Vgl. die Angaben in § 2, FN 15 u. 105.

entstehen, weil häufig das Abwägungsergebnis als im Allgemeininteresse liegend bezeichnet wird, ohne daß immer klar wird, welche Interessen im einzelnen mitbestimmend sind; das ist zumeist der Fall bei einer Berufung auf den Schutz der Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs und ähnlichen formelhaften Wendungen ⁶⁰⁾. Auch liegt es in der Natur der Sache, daß die öffentlichen Interessen gerade dann besonders betont werden, wenn sie für höherwertig angesehen werden. Nehmen öffentliche Belange auf eine Entscheidung keinen Einfluß, weil sie nicht als vorzugswürdig angesehen werden, finden sie allenfalls in einer Randbemerkung Erwähnung. Ein Beispiel für eine beiläufige Stellungnahme bietet die Entscheidung "Diagnose-Zentrum" ⁶¹⁾. Die mit einer kostenlosen Kraftfahrzeug-Diagnose werbende Beklagte hatte sich u.a. damit verteidigt, daß die Diagnose der Verkehrssicherheit diene. Der BGH geht auf diesen Vortrag erst am Ende seiner Ausführungen ein, nachdem er einen Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG bereits bejaht hat:

"Zuzugeben ist der Beklagten, daß die kostenlose Überprüfung von Kraftfahrzeugen der Verkehrssicherheit dient und damit im Interesse der Allgemeinheit liegt. Im Streitfall verdienen aber die Interessen der Mitbewerber den Vorrang, zumal die technische Überwachung von Kraftfahrzeugen den hierfür zuständigen Behörden obliegt und sich auch die Automobilklubs dieser Aufgabe angenommen haben".

Daß der BGH von einer prinzipiellen Gleichwertigkeit privater und öffentlicher Belange ausgeht, kann nach allem nicht zweifelhaft sein. Eine andere Frage, die uns noch beschäftigen wird (unten Teil III), ist freilich die, ob nicht durch zum Teil versteckte Berücksichtigung

60) Vgl. die in § 1, FN 72 u. § 2, FN 78 ff aufgeführten Entscheidungen.

61) BGH GRUR 1971, 162, 163.

gesamtwirtschaftlicher Nützlichkeitserwägungen (s. dazu bes. § 5 II 3., 4. u. § 11) die öffentlichen Interessen *faktisch* ein Übergewicht erhalten, das ihnen nicht zukommt.

VI. ALLGEMEINHEIT ALS "BETEILIGTE" AM WETTBEWERBS- GESCHEHEN?

Der von Burmann und anderen ⁶²⁾ erhobene Vorwurf, die Allgemeinheit könne gar keine Beteiligte am Wettbewerbsgeschehen sein, geht an der Sache vorbei. Handelt es sich um faktische Gemeinschaftsinteressen, reicht es aus, wenn die einzelnen, die die Gemeinschaft konstituieren, irgendwie von der fraglichen Wettbewerbs- handlung betroffen sein können. Bei Wertungen stellt sich die Frage eines "Beteiligtseins" ohnehin nicht. Auch diesem Einwand liegt offenbar die bereits mehrfach zurückgewiesene Vorstellung eigenständiger Gemeinschafts- interessen zugrunde; denn nur dann kann die Frage einer Beteiligung der Allgemeinheit "als solcher" überhaupt auftauchen.

VII. GEFAHR VERDECKTER WERTUNGEN

Wie immer man auch zur Grundsatzfrage einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen bei der Anwendung des § 1 UWG stehen mag, der auf die "Diffusität" des Allgemeininteresses abstellende kritische Ansatz ist berechtigt. Das zeigt einmal die Diskussion in der Lehre selbst: Unterschiedliches Problemverständnis und miß- verständliche, unklare Aussagen verführen zum Aneinander- vorbeireden (siehe oben § 3 III). Aber auch die durch begriffliche Verschwommenheiten bewirkte Gefahr verdeckter Wertungen ist nicht leicht zu nehmen. Dieser

62) Vgl. die Angaben in § 3, FN 13.

wunde Punkt einer Berufung auf das Allgemeininteresse ist bereits mehrfach angesprochen worden: Die Verwendung von Wörtern des Typs "Interesse" suggeriert verifizierbare, objektive Fakten, wo es sich im allgemeinen doch nur um Werturteile handelt (oben III).

Die (irrige, aber verführerische) Annahme eines eigenständigen Gemeinschafts- oder Verbandsinteresses verstärkt diese Wirkung (oben I 2) und ermöglicht nicht nur die Majorisierung von Minderheiten, sondern auch die Okkupation des Rechts durch die Nützlichkeitsabwägungen der jeweils Herrschenden: Recht ist, was dem Volke nützt. Schließlich wird häufig der Abwägungsvorgang dadurch verschleiert, daß das Abwägungsergebnis als vorzugswürdiges Allgemeininteresse mitgeteilt wird (oben V 3). Nachzutragen bleibt, daß das Erkennen und Werten von Zielkonflikten, insbesondere bei verbraucherschützenden und wirtschaftspolitischen Wertungen auf erhebliche Schwierigkeiten stößt (Einzelheiten in § 5 und weiter unten).

Indessen können die aus einer allgemeinen Begriffsverwirrung resultierenden Gefahren nicht dazu führen, das öffentliche Interesse aus dem rechtlichen Bewertungsprozeß hinauszuverlagern. Die Gefahr verdeckter Wertungen dürfte dadurch, sofern dem Allgemeininteresse überhaupt ein Platz bei der Rechtsfindung (hier: bei der Bildung des Unlauterkeitssurteils nach § 1 UWG) zukommt, eher noch gesteigert werden; auch Objektivierungsbemühungen vermögen, wie noch gezeigt wird (§ 6 II 4) daran nichts zu ändern.

Richtigerweise ist diesen Gefahren dadurch zu begegnen, daß ihre Ursache, nämlich die Begriffsverwirrung, beseitigt wird. Mit der Schaffung eines möglichst umfassenden Problemverständnisses (§ 2) und der Aufklärung einiger aus der normativ-deskriptiven Doppelsinnigkeit von "Allgemeininteresse" herrührender weit verbreiteter

Irrtümer (§ 4) sollte ein Beitrag dazu geleistet werden. Die besonderen begrifflichen Probleme verbraucher-schützender und wirtschaftspolitischer Wertungen werden sogleich erörtert (§ 5). Das Bewußtsein um die Gefahren, die mit dem Gebrauch von Wörtern des Typs "Allgemeininteresse" im allgemeinen und im Hinblick auf ihren unterschiedlichen Bedeutungsgehalt im Wettbewerbsrecht im besonderen verbunden sind, verhindert am ehesten unreflektierten Wortgebrauch und einseitig schiefe Stellungnahmen: Unklare Bezugnahmen auf das Allgemeininteresse sind durch fallbezogene Konkretisierungen des Allgemeininteresses, die die wirklich entscheidungs-erheblichen Argumente offen zutage treten lassen, zu ersetzen.

§ 5. VERBRAUCHERINTERESSEN UND WIRTSCHAFTSPOLITISCHE WERTUNGEN IM UNLAUTERKEITSRECHT

Einige Arten öffentlicher Interessen werfen besondere begriffliche Probleme auf: die Verbraucherinteressen und die wirtschaftspolitischen Wertungen. Die Begriffe sind - wie das öffentliche Interesse selbst - offene Begriffe, bedürfen also wie dieses der problembezogenen Konkretisierung. Wie dort, so gilt es auch hier, mögliche Mißverständnisse richtigzustellen.

I. VERBRAUCHERINTERESSEN

Verbraucherschutz ist zu einem ideologiebeladenen Modewort in der wettbewerbsrechtlichen und rechtspolitischen Diskussion geworden, mit dem die unterschiedlichsten Zielsetzungen verbunden werden: Schutz vor Täuschung und Irreführung, Verbraucheraufklärung, Schutz des Verbrauchers in seiner Entscheidungsfreiheit, Schutz vor geschmackloser und belästigender Werbung und vor Verführung durch moderne Reklame, Schutz der Intimsphäre, Erzielung möglichst günstiger Preise, wie überhaupt eine optimale Bedürfnisbefriedigung, Sozialschutz, Gesundheits-, Lebensmittel-, Arzneimittelschutz, technischer Sicherheitsschutz bei Konsumartikeln, Umweltschutz, Schutz bei Abzahlungsgeschäften und gegen Benachteiligung durch AGB u.ä.m.¹⁾. Die Grenze zwischen dem so verstandenen Verbraucherinteresse und den Interessen der Allgemeinheit wird dadurch fließend. Der Unterschied wird noch mehr dadurch verwischt, daß zuweilen undifferenziert

1) Vgl. nur den Bericht der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik vom 8.10.1971 (BT-Drucks. VI/2724), abgedruckt bei v. Hippel, Verbraucherschutz (1974), 175 ff.

die Begriffe "Allgemeinheit, Verbraucher, Käuferkreise, angesprochene Verkehrskreise" nebeneinander gebraucht werden ²⁾. Welche Interessen im Unlauterkeitsrecht als Verbraucherinteressen schützenswert erscheinen, bedarf daher im Hinblick auf die Bedeutung, die dem Verbraucherschutzgedanken für die wettbewerbsrechtliche Problematik des Allgemeininteresses zukommt, einer näheren Erläuterung ³⁾.

-
- 2) Vgl. etwa aus der Rechtsprechung RGZ 149, 224, 228 - Präservativwerbung; BGH GRUR 1955, 541, 542 - Be-stattungswerbung; BGH GRUR 1965, 315, 316 - Werbe-wagen; BGH GRUR 1959, 277, 280 - Künstlerpostkarten; aus der Literatur vgl. Samwer GRUR 1969, 326, 328 ff, der zwar erkennt, daß die Interessen der Verbraucher "nicht in jedem Einzelfall" mit den Interessen der Allgemeinheit übereinstimmen müssen (327), aber dennoch stets von "Interessen der Allgemeinheit oder der Verbraucher" spricht und beides gleich beurteilt.
- 3) Aus der nahezu unübersehbaren Literatur zum Verbraucher-schutz vgl. aus letzter Zeit allgemein zu Begriff und Zielsetzung: von Hippel, Verbraucherschutz (1974); ders. JZ 1972, 417; Schneider BB 1974, 764; Reich ZRP 1974, 187 m.w.N. in FN 1; Reich/Tonner DB 1974, 1146; Simitis, Verbraucherschutz. Schlagwort oder Rechts-prinzip (1976); Dichtl (Hrsg.), Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft (1975). Aus dem wettbewerbs-rechtlichen Schrifttum vgl. z.B. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG 76 f; Thiedig, Suggestivwerbung und Ver-braucherschutz (1973), 65 ff, 119 ff; Loewenheim GRUR 1975, 99; Schricker GRUR Int. 1970, 32; ders. RabelsZ 1972, 315; ders. GRUR 1974, 579, 580; ders. GRUR 1975, 349; ders. GRUR Int. 1976, 315; Burmann WRB 1973, 313; Fezer BB 1976, 705; Reich-Wegener JuS 1974, 561; insbesondere zu der gegenwärtig aktuellen Frage eines deliktsrechtlichen Schutzes der Verbraucher gegen unlauteren Wettbewerb vgl. Mertens ZHR 139 (1975), 438; Sack NJW 1975, 1303; Schricker GRUR 1975, 111, 117 ff; ders. ZRP 1975, 189; Wronka WRP 1975, 561.

1. Der Verbraucherschutzgedanke in der wettbewerbs- rechtlichen Diskussion (Grundzüge)

Spätestens seit Einführung der Klagebefugnis für Verbraucherverbände (§ 13 Abs. 1 a UWG) im Jahre 1965 ist allgemein anerkannt, daß das UWG grundsätzlich auch die Verbraucher schützt ⁴⁾; auch die Gegner einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Wettbewerbsrecht bestreiten diesen Grundsatz nicht ⁵⁾. Keine Klarheit besteht jedoch über die Grundlagen und den Umfang dieses Schutzes. Originären Deutungsversuchen, die von der typischen sozialen Schutzhedürftigkeit der Verbraucher ausgehen ⁶⁾ oder im Verbraucherschutz ein eigenständiges Instrument zur Kontrolle von Anbietermacht sehen ⁷⁾, stehen Ableitungen aus dem Schutz anderer Belange gegenüber, die durch ihre Simplifikation verblüffen. So schreibt z.B. Kraft:

"Die Interessen des Publikums werden in den sogenannten öffentlichen Interessen, den Belangen der Allgemeinheit zusammengefaßt, sie werden deshalb geschützt, weil der Einzelne Glied der Gesamtheit ist, und das Wohl der Gesamtheit zu wahren, eine Aufgabe des Rechtes darstellt. Insoferne fallen die an sich zu unterscheidenden Interessen der Vielzahl der Abnehmer mit den öffentlichen Belangen zusammen, jene gehen in diesen auf" ⁸⁾.

4) Vgl. das in FN 3 aufgeführte wettbewerbsrechtliche Schrifttum.

5) Vgl. z.B. Schwartz GRUR 1967, 333, 334, 342; Burmann WRP 1967, 71, 75; ders. WRP 1973, 313, 318 f; Samwer GRUR 1969, 326, 328.

6) Vgl. z.B. Schricker GRUR Int. 1970, 32, 39 f, 42; ders. RabelsZ 1972, 315, 331; ders. GRUR 1974, 379 f; Loewenheim GRUR 1975, 99, 105; Burmann WRP 1973, 313, 318 f.

7) Reich ZRP 1974, 187, 190 f; Reich-Wegener JuS 1974, 561, 564 ff; Simitis (FN 3), 97 ff, 137 ff; Fezer BB 1976, 705, 706; wohl auch Thiedig (FN 3), a.a.O.

8) Interessenabwägung (1963), 195.

Entsprechend gehen die Meinungen darüber auseinander, wie weit der wettbewerbsrechtliche Schutz reicht. Werden die Verbraucher unmittelbar ⁹⁾ oder nur mittelbar, etwa über eine Berücksichtigung öffentlicher Belange ¹⁰⁾ oder der Interessen der Mitbewerber ¹¹⁾, geschützt, in welchen Interessen werden sie geschützt?

Einigermaßen klare Konturen bestehen nur hinsichtlich des Schutzes der Verbraucher vor Irreführung und Täuschung, der anerkanntermaßen nicht nur im Rahmen des § 3 UWG, sondern auch bei der Anwendung des § 1 UWG Beachtung verdient ¹²⁾. Insoweit handelt es sich allerdings ¹³⁾ um ein auch aus dem Marktmodell ableitbares Interesse; der Irreführungsschutz wird von dem Interesse der Allgemeinheit und dem der (redlichen) Mitbewerber an einem funktionierenden Wettbewerb umfaßt.

Ob darüberhinaus dem Verbraucher eine eigenständige soziale Rolle im Wettbewerbsprozeß zugewachsen ist, die entsprechenden Schutz verdient, und wie ggf. diese Rolle aussieht, wird unterschiedlich beantwortet. So muß sich Schricker ¹⁴⁾, der die Grundlage des Verbraucherschutzes

9) So die wohl h.M.; vgl. z.B. Nastelski GRUR 1969, 322, 323; Schricker GRUR Int. 1970, 32, 40; Sack BB 1974, 1369, 1370; ders. NJW 1975, 1303, 1305; nunmehr auch Burmann WRP 1973, 313, 318 f (anders seine früheren Aufsätze, vgl. FN 11); unklar Wronka WRP 1975, 561, 562.

10) So z.B. Kraft, a.a.O.

11) So etwa Samwer GRUR 1969, 326, 328; wohl auch Schwartz GRUR Int. 1973, 497, 501 f; vgl. auch die früheren Aufsätze von Burmann in WRP 1967, 71, 72 und WRP 1972, 511, 514 f.

12) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 5 ff, 9. Es wird dabei nicht verkannt, daß in der wettbewerbsrechtlichen Praxis große Schwierigkeiten auftreten können, wenn es im Einzelfall darum geht, den Täuschungscharakter einer Wettbewerbshandlung festzustellen.

13) Insoweit zutr. Simitis (FN 3), a.a.O.; Fezer BB 1976, 705, 706.

14) Vgl. die Angaben in FN 6.

in der besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers sieht und von daher für mehr Markttransparenz und Verbraucheraufklärung plädiert, von K. Simitis ¹⁵⁾ und anderen ¹⁶⁾ entgegenhalten lassen, ein auf die Sicherung einer rationalen Verbraucherentscheidung durch Information beschränkter Verbraucherschutz bleibe auf eine individualistische Betrachtung des Marktmechanismus aus der Perspektive der Mitbewerber bezogen und verkenne das Fehlen eines "funktionellen Gleichgewichts" zwischen Markt und Abstimmungsverfahren, d.h. der den Ausleseprozeß regulierenden Verbraucherentscheidung.

Es gehört nicht zu unserem Thema, zu den Grundlagen und der Ausgestaltung des wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutzes im einzelnen Stellung zu beziehen. Allerdings kann auch nicht übersehen werden, daß dem Verbraucherschutzgedanken in zweifacher Hinsicht Bedeutung für die Frage des Allgemeininteresses im Wettbewerbsrecht zukommt. Einmal kann sich aus der prinzipiellen Anerkennung der Schutzbedürftigkeit der Verbraucher ein zusätzliches Argument für die Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Wettbewerbsrecht ergeben; zum anderen können verbraucherschützende Erwägungen andere öffentliche Interessen, wie z.B. das Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb oder den Gesundheitsschutz, verstärken. Unabhängig davon sind die Argumente des Verbraucherschutzes natürlich insoweit von Bedeutung, als sich dahinter in Wahrheit andere öffentliche Interessen verbergen. Auf eine wenigstens umrißhafte Wiedergabe der hier vertretenen Verbraucherschutzkonzeption kann daher ebensowenig verzichtet werden wie auf eine Warnung vor unreflektierter Übernahme angeblich verbraucherschützender Wertungen.

15) (FN 3), 97 ff, 144 ff.

16) Fezer BB 1976, 705, 706; vgl. auch Dichtl, in: Dichtl (FN 3), 23 ff, 41.

2. Die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers

a) Verbraucherinteresse als Werturteil

Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, daß auf eine Ermittlung der faktischen Interessen der Verbraucher meist verzichtet wird (vgl. oben § 2 III 2). Die Bezugnahme auf die Verbraucherinteressen beinhaltet im allgemeinen ein Werturteil. Den Verbrauchern werden in einem Akt wertender Stellungnahme bestimmte Bedürfnisse und Zielsetzungen zugeordnet; von daher wird dann beurteilt, ob eine konkrete Maßnahme diesen Zwecken nützlich ist oder nicht. Verbraucherschutz in diesem Sinne ist kein Selbstwert, sondern erhält seine Bedeutung erst im konkreten Anwendungsfall durch die dahinter stehenden Wertungen ¹⁷⁾.

b) Typischer Verbraucherschutz

Der Begriff "Verbraucherinteresse" hat keinerlei Unterscheidungsfunktion mehr, wenn man darunter nur noch einen Sammelbegriff für alle möglichen, zum Teil inkommensurablen öffentlichen Interessen versteht. Spezifische, von den übrigen öffentlichen Interessen unterscheidbare Wertungsgesichtspunkte lassen sich dem Verbraucherschutzgedanken dagegen insoweit entnehmen, als die Verbraucher als "Typus" ¹⁸⁾ betroffen sind, nämlich als Teilnehmer am Marktgeschehen, die wegen ihrer prinzipiellen (relativen)

17) So auch Weick JZ 1974, 13, 14; Gilles JZ 1975, 305, 311.

18) Nach der Larenz'schen Terminologie handelt es sich dabei um einen Ganzheits- oder Gestalttypus, der empirische und normative Elemente enthält, vgl. Methodenlehre, 3. Aufl. (1975), 444 f, 448; zur Typologie vgl. allgemein noch Leenen, Typus und Rechtsfindung (1971), bes. 34 ff.

Marktschwäche und daraus resultierenden (relativen) geschäftlichen Unerfahrenheit besonders schutzbedürftig sind. Allein in dieser, auf die Teilnahme am Marktgeschehen bezogenen und durch diese begrenzten ¹⁹⁾ besonderen sozialen Schutzkomponente liegt das Charakteristikum des Verbraucherschutzes, das ihn von anderen Wertungen im Allgemeininteresse, die den Verbraucher lediglich in seiner Eigenschaft als ganz gewöhnliches Individuum betreffen, unterscheidet. Allein aus der marktbezogenen Schutzbedürftigkeit kann die besondere juristische Relevanz verbraucherschützender Erwägungen hergeleitet werden ²⁰⁾.

Als typische Verbraucherinteressen kommen im Wettbewerbsrecht etwa in Betracht der Schutz vor Irreführung, das Aufklärungsinteresse und der Schutz der autonomen Verbraucherentscheidung. Wenn die Verbraucher über die sachlichen Eigenschaften eines Produkts getäuscht werden, wenn sie über die angebotenen Konkurrenzprodukte nicht hinreichend informiert sind, wenn schließlich ihre Entscheidungsfreiheit beim Kauf etwa durch unsachliche oder belästigende Beeinflussung beeinträchtigt ist, in allen diesen Fällen können die Verbraucher ihre Marktchancen nicht oder nicht richtig nutzen und sind in ihrer besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit tangiert ²¹⁾.

19) Das Erfordernis der Wettbewerbsbezogenheit der Verbraucherinteressen betonen auch Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG 76, 108; Schricker GRUR Int. 1970, 32, 42; Mertens ZHR 139 (1975), 438, 449.

20) Vgl. auch Schricker GRUR Int. 1970, 32, 39; ders. RabelsZ 1972, 315, 317; ders. GRUR 1974, 579, 580.

21) Vgl. Loewenheim GRUR 1975, 99, 105; ähnlich auch Burmann WRP 1973, 313, 318 f, der den Verbraucher in seinem "Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung" geschützt sieht.

Diese Typisierung trifft vor allem auf private Letztverbraucher zu. Selbst die "Heterogenität heutiger Kundenschichten" ²²⁾ hat die prinzipielle Unterlegenheit des privaten Letztverbrauchers gegenüber seinen Marktpartnern nicht beseitigt. Es mag durchaus im Einzelfall private Verbraucher geben, die diesem Bild nicht entsprechen, weil sie potente und/oder geschäftlich erfahrene Marktpartner sind; das liegt jedoch gerade im Begriff des Typus eingeschlossen und ändert an seiner Berechtigung nichts ²³⁾. Den gewerblichen Abnehmern (Wiederverkäufern und gewerblichen Endabnehmern) fehlt im allgemeinen das besondere soziale Schutzbedürfnis ²⁴⁾. Ihre Interessen können von Fall zu Fall, je nach Marktlage und Stellung am Markt, verschieden sein; sie entziehen sich einer generalisierenden Bewertung. Der typische Verbraucherschutz umfaßt also allein den Schutz der privaten Endabnehmer.

c) Das Verbraucherrecht als Instrument zur Kontrolle von Anbietermacht?

Nun wird allerdings gefordert, den kollektiven Entscheidungsprozeß der Marktgegenseite als Teilhabe und äquivalente Mitgestaltung am Sozialprozeß Wettbewerb zu begreifen. Verbraucherschutz solle nicht im wesentlichen der Richtigkeitsgewähr des liberalen Konkurrenzmodells mit seinen "dysfunktionalen Folgen" überlassen bleiben, sondern die Verbraucherentscheidung solle als

22) Vgl. Gilles JZ 1975, 305, 311.

23) Vgl. Leenen (FN 18), 84. Eine andere Frage ist es, ob im Einzelfall eine untypische Interessenlage rechtlich zu berücksichtigen ist.

24) Vgl. Schricker GRUR Int. 1970, 32, 39; ders. RabelsZ 1972, 315, 317; ders. GRUR 1974, 579, 580; ders. GRUR 1975, 111, 119; ders. GRUR Int. 1976, 315, 321; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 76.

eigenständiger Steuerungsfaktor *neben* Markt und Wettbewerb anerkannt werden. Das Verbraucherrecht müsse die eigenständige Aufgabe einer Kontrolle der Herstellermacht erfüllen ²⁵⁾. Diese "soziale Leistungskontrolle" der Abnehmer soll beeinträchtigt sein etwa durch Wettbewerbsverzerrungen, Verfälschungen der Leistungsfähigkeit der Anbieter und Wettbewerbsverlagerungen als Ausdruck wirtschaftlicher Macht wie auch bei Suggestivwerbung ²⁶⁾; nur so könne das Unwerturteil des § 1 UWG auch bei wettbewerbswidrigem Parallelverhalten aller Mitbewerber ansetzen ²⁷⁾.

Dieser Meinung ist zuzugeben, daß sich Wettbewerb auch und vor allem als Austauschprozeß zu Abnehmern vollzieht und daß etwa durch bestimmte Formen des Machtmißbrauchs die Wahlfreiheit der Verbraucher eigenschränkt werden kann. Indessen fragt es sich, ob in der mit der Propagierung einer eigenständigen Kontrollfunktion der Verbraucher letztlich bezweckten Umfunktionierung ordnungspolitischer Belange zu verbraucherschützenden Erwägungen nicht eine Überbetonung des Verbraucherschutzes liegt, die von der Sache her keineswegs gefordert wird, wenn man mit einer sozialrechtlichen Betrachtungsweise diese Belange ohnehin in das Unlauterkeitsurteil einbezieht. Verleiht man dem UWG die Funktion einer Kontrolle privater wirtschaftlicher Macht (dazu unten Teil III), so umfaßt die auf ein einwandfreies Funktionieren des Wettbewerbsmechanismus ausgerichtete Zielsetzung eben gerade auch die wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten der Verbraucher. Es handelt sich hier nicht um mittelbaren Verbraucherschutz durch "individualistische Betrachtung des Marktmechanismus" ²⁸⁾, sondern um

25) Vgl. die in FN 7 Genannten; Thiedig (FN 3), 102 sieht im Schutz der Verbraucherinteressen den "zentralen Orientierungspunkt" des UWG.

26) Fezer BB 1976, 705, 706; Simitis (FN 3), 155 ff, 161; vgl. auch Thiedig (FN 3), 102 ff.

27) Reich-Wegener JuS 1974, 561, 564.

28) Fezer a.a.O.; Simitis (FN 3), 144 ff.

Institutionenschutz, der sowohl die Interessen der Mitbewerber wie auch die der Verbraucher und der sonstigen Allgemeinheit umfaßt. Bei dieser Auslegung des UWG bereitet auch das Parallelverhalten keine Schwierigkeiten: auch ohne Verletzung eines Mitbewerberinteresses können die Handlungen untersagt werden, wenn ein Interesse der Allgemeinheit verletzt ist; die Verbandsklage der gewerblichen Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG bietet hierzu die prozessuale Handhabe, ohne daß es der Klage der Verbraucherverbände in diesen Fällen bedarf. Wenn demgegenüber eingewandt wird, die Schaffung der Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 a UWG beruhe auf der Erkenntnis, daß die Selbstreinigungskräfte der Wirtschaft eben nicht ausreichen²⁹⁾, so ist das eine Behauptung, die in dieser Allgemeinheit angesichts der Beschränkung der Verbraucherverbandsklage in Fällen des § 1 UWG auf irreführende oder sonstige, wesentliche Belange der Verbraucher verletzende Tatbestände nicht haltbar ist. Gerade die enge Fassung der Klagebefugnis spricht für eine Begrenzung des Verbraucherschutzes auf den typischen Schutzbereich: die soziale Komponente. Im übrigen erschiene es auch wenig effektiv, die Verbraucherverbände mit Wettbewerbsverzerrungen und Verdrängungstatbeständen befassen zu wollen, die sich zu meist innerhalb der Wirtschaftsstufen abspielen und daher kaum je an die Öffentlichkeit gelangen, wenn eben nicht auch die betroffenen Mitbewerber selbst sich zur Wehr setzen. Endlich bleibt noch ein grundsätzlicher Einwand: Bei einer so weiten Fassung des Schutzzwecks drohen die Konturen zu verschwimmen; ordnungspolitische, verbraucherpolitische, ja sogar mitbewerberfreundliche Wertungen verbergen sich hinter dem neuen Trend. So erscheint es z.B. arg gekünstelt, in günstigen Angeboten eines Steuersünders ein verbraucherschädigendes Verhalten zu sehen³⁰⁾. Offene und verdeckte Zielkonflikte

29) Reich-Wegener JuS 1974, 561, 564.

30) So aber Reich-Wegener a.a.O., 566, FN 53, die ihrerseits die Vorsprungsargumentation in diesem Fall als gekünstelt ansehen (!).

treten auf, die häufig unlösbar erscheinen werden, zumindest aber ein entschiedenes Eintreten der Verbraucherverbände für die eigene Sache eher erschweren, macht man mit einer Abwägung all dieser Belange wirklich ernst. Gibt man der Marktgegenseite eine selbständige Kontrollfunktion *neben* dem Markt, so besteht zudem die Gefahr, daß unter Außerachtlassung der marktlichen Funktionen reine Nützlichkeitserwägungen angestellt werden. Diese Gefahr besteht um so mehr, als allein in dem Nutzen für den Verbraucher eine Legitimation für Wettbewerb gesehen wird ³¹⁾. So verwundert es kaum, wenn in der Tat gefordert wird, nach § 1 UWG Werbung nur noch in dem Umfang zuzulassen, in dem der Werbeaufwand durch die Interessen der Verbraucherschaft an billigerer und besserer Versorgung gerechtfertigt werde: so müsse bei "reiner Werbekonkurrenz" etwa auf oligopolistischen Märkten, die nur der Umschichtung der Marktanteile diene, das "einzelwirtschaftliche Interesse an Gewinnmaximierung" hinter den Verbraucherinteressen zurücktreten, "die eine Abwälzung des Werbeaufwandes innerhalb der Marktwirtschaft nur dann zulassen, wenn es sich um notwendige Aufwendungen des Verteilungsprozesses handelt" ³²⁾. Damit erhält letztlich der Richter die Funktionen der Preis- und Qualitätskontrolle, die dem Markt vorbehalten bleiben sollten, zugeschanzt; das Wettbewerbsrecht wird nicht mehr zu dem Zweck eingesetzt, ein "System antiautoritärer Kontrolle" zu erhalten, und zu diesem Zweck gegebenenfalls funktionswidrige Abläufe auszumerzen, sondern der Wettbewerb wird schlicht übergangen. Eine derartige "funktionswidrige" Auslegung des § 1 UWG ist nicht vertretbar ³³⁾.

31) Fezer a.a.O.; Reich ZRP 1974, 187, 191; K. Simitis (FN 3), 163.

32) Thiedig (FN 3), 103.

33) Vgl. dazu auch unten § 14 2 II.

Der Verbraucherschutz sollte daher auf die soziale Komponente beschränkt werden, die allerdings nicht nur Schutz vor Irreführung und Übervorteilung, sondern auch den Schutz der autonomen Verbraucherentscheidung meint. Der zuletzt genannte Gesichtspunkt kann z.B. durchaus zugunsten einer Einschränkung der Suggestivwerbung ins Gewicht fallen ³⁴⁾. Die hier abgelehnten Theorien eines erweiterten Verbraucherschutzes sind aber insofern von Bedeutung, als sie eine zusätzliche Begründung für eine sozialrechtliche, institutionelle Betrachtungsweise des UWG liefern; denn ein institutionell verstandener Wettbewerbsschutz, der auf ein einwandfreies Funktionieren des Wettbewerbs abzielt, umfaßt eben auch die Gewährleistung einer wirksamen Leistungskontrolle durch die Marktgegenseite (§ 11 III 2).

d) Abgrenzung des typischen Verbraucherschutzes

aa) Wettbewerbsschutz

Wenn typische Verbraucherinteressen verletzt sind, ist im allgemeinen auch der Bestand des Wettbewerbs tangiert. Dieser Satz ist jedoch nicht umkehrbar, wie oben zu c) gezeigt worden ist. Mit ungenügender Marktinformation oder Beschränkung der Verbraucherautonomie ist in der Regel zugleich eine Beeinträchtigung der Steuerungsfunktion des Wettbewerbs verbunden, der der autonomen Entscheidung des informierten Verbrauchers als Regulativ bedarf: Das bessere Angebot kann sich nur dann durchsetzen, wenn der Verbraucher es kennt, über seine sachlichen Vorzüge gegenüber den Konkurrenzprodukten aufge-

34) Vgl. Loewenheim GRUR 1975, 99, 104 ff.

klärt ist und im übrigen eine freie Kaufentscheidung treffen kann ³⁵⁾. Typischer Verbraucherschutz und das öffentliche Interesse am Schutz eines funktionierenden Wettbewerbs ergänzen sich hier wechselseitig; die an der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung ausgerichteten Wertungen werden durch die typischen Verbraucherinteressen mit ihrer sozialen Schutzkomponente verstärkt, während diese durch jene eine zusätzliche Legitimation erhalten ³⁶⁾.

35) Vgl. zur Stellung des Verbrauchers im marktwirtschaftlichen System z.B. Loewenheim GRUR 1975, 99, 105; Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" (1963), 57; Lehmann GRUR 1975, 239, 241; Burmann WRP 1972, 511, 514, 515; ders. WRP 1973, 313, 317 f; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 72, 86 f; vgl. auch die ausführliche Wiedergabe der herrschenden wirtschaftsliberalen Konzeption bei Simitis (FN 3), 87 ff, m. zahlr. Nachw. Daß es sich bei diesem Modell des rational handelnden, autonom bestimmenden Verbrauchers um ein Idealbild handelt, das in der Wirklichkeit kaum je verwirklicht werden wird, ist kein Grund, es zu verwerfen (so aber Reich ZRP 1974, 187, 190; Simitis (FN 3), 97 ff, 137 ff); vielmehr sind gerade auch die wettbewerbsrechtlichen Wertungen an diesem Modell auszurichten, um so eine möglichste Annäherung von Ideal und Wirklichkeit zu erreichen.

36) Vgl. zur Verflechtung beider Wertungskriterien auch Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 76; Kramer GRUR Int. 1974, 195, 201; ähnlich wie hier auch Burmann WRP 1973, 313, 319; während Burmann hier die Eigenständigkeit des Verbraucherschutzes betont, hat er allerdings noch in seinem früheren Aufsatz in WRP 1972, 511, 515 f ausgeführt, der Verbraucherschutz ergebe sich "automatisch" aus der Funktionsorientiertheit des Wettbewerbs als notwendige Folge (516), und damit die besondere soziale Schutzkomponente des Verbraucherschutzes zu Unrecht nicht berücksichtigt.

bb) Optimale Bedürfnisbefriedigung

Die "optimale Bedürfnisbefriedigung" ist kein typisches Verbraucherinteresse. Versteht man darunter das gesamtwirtschaftliche Interesse an der Erzielung eines möglichst großen wirtschaftlichen Wohlstandes, so sind davon nicht typischerweise Verbraucher, sondern alle Mitglieder einer Gemeinschaft betroffen; aber auch wenn man auf das Interesse der Verbraucher an möglichst günstigen Einkaufsmöglichkeiten, also auf die Vorteilhaftigkeit für den Verbraucher *im Einzelfall* abstellt, fehlt es an einer besonderen typischen Schutzbedürftigkeit der Verbraucher, da sie - die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmodells vorausgesetzt - in ihrer marktbezogenen Entscheidungsfreiheit in keiner Weise durch fehlende Preiswürdigkeit oder Qualität eingeschränkt werden, sondern umgekehrt die Verbraucherentscheidungen das Warenangebot steuern und somit dem besseren Angebot zur Durchsetzung am Markt verhelfen. Die Erzielung eines optimalen Preis- und Qualitätsniveaus ist also kein typisches Verbraucherinteresse ³⁷⁾, wohl aber eine grundlegende wettbewerbspolitische Zielsetzung (II 2). Überhöhte Preise und geringere Leistungsfähigkeit können Indizien für eine Störung des Wettbewerbsmechanismus sein. So liegt auch in der "Verkürzung der Angebotspalette" keine Verletzung eigenständiger Verbraucherinteressen, wie die Urteile des BGH ³⁸⁾ und des OLG Frankfurt ³⁹⁾ jedoch nahelegen. Die Verbraucher sind nicht in ihrer typischen sozialen Schutzbedürftigkeit betroffen, sondern werden durch einen möglicherweise schlecht funktionierenden Wettbewerb benachteiligt. Insofern geht ihr Schutz in einem institutionell verstandenen Wettbewerbsschutz auf (s. oben c)).

37) Kritisch zum Argument der Vorteilhaftigkeit für den Verbraucher auch Schultze-Süchting GRUR 1974, 700, 702 f; Loewenheim GRUR 1976, 224, 228.

38) BGH GRUR 1969, 474, 476 - Bierbezug I.

39) OLG Frankfurt DB 1975, 1017 - Eintrittsgelder.

cc) Allgemeiner Individualschutz

Nicht alles, was *auch* Verbrauchern nützt, ist allein deshalb Verbraucherschutz. Wenn die Verbraucher nicht gerade in ihrer sozialen Rolle als Marktteilnehmer, sondern in ihren allgemein-menschlichen Interessen betroffen sind, besteht kein einleuchtender Grund für eine Sonderbehandlung gegenüber den anderen Individuen. So sind Bewertungsfaktoren wie z.B. Gesundheitsschutz, Umweltschutz, Schutz der Intimsphäre nicht typischerweise auf Verbraucher bezogen; sie leiten ihre Bedeutung nicht aus dem Verbraucherschutz ab, sondern tragen ihren Wert in sich. Das "ob" und "wie" einer Berücksichtigung solcher öffentlichen Interessen kann daher nicht von einer begrifflichen Einordnung als Verbraucherinteressen abhängen.

Zur Klarstellung sei vermerkt, daß diese Abgrenzung, die in erster Linie auf begriffliche Klarheit und Offenlegung der wahren Wertungskriterien abzielt, nicht notwendig auch einen Interessengegensatz markiert. So wird jedenfalls im hier interessierenden konkreten wettbewerbsrechtlichen Streitfall in der Regel ein Gleichlauf typischen Verbraucherschutzes und allgemeinen Individualschutzes festzustellen sein. Wenn z.B. die Verbraucher in unzumutbarer Weise belästigt werden, so daß ihre Wahlfreiheit eingeschränkt ist, liegt zumeist auch eine Verletzung ihrer Intimsphäre vor; wenn Verbraucher über bestimmte gesundheitsschädliche Eigenschaften eines Produkts nicht aufgeklärt werden, wird der Schutz vor Irreführung durch den Gesundheitsschutz verstärkt.

3. Verbraucherschutz als Etikett für wirtschafts- politische Wertungen

Eine Inanspruchnahme des Verbraucherschutzgedankens für nichttypische Interessen, insbesondere wettbewerbspolitische Wertungen ⁴⁰⁾ ist nicht nur überflüssig, sondern auch gefährlich: Sofern überhaupt klar wird, welche konkreten Wertungsgesichtspunkte gemeint sind, verführt sie dazu (und soll es in manchen Fällen wohl auch!), die Wertungen, hinter denen sich häufig handfeste Mitbewerberinteressen verbergen, allein wegen des inhaltsleeren Prädikats "Verbraucherschutz" für besonders schutzbedürftig, also vorzugswürdig zu halten, ohne ihre wahre Berechtigung nachzuprüfen ⁴¹⁾.

a) Das scheinbare Aufklärungsinteresse

Als typisches Beispiel sei die Entscheidung "Markenbenzin" ⁴²⁾ hervorgehoben. Danach soll bekanntlich die "Reinerhaltung der im Publikum vorhandenen berechtigten Vorstellungen vom Begriff der Markenware" im Interesse der Verbraucher liegen, die so vor Herkunfts- und Qualitätstäuschungen besser geschützt seien. Daß es dem BGH jedoch in Wahrheit nicht um den Schutz der Verbraucher, sondern um den der Markenartikelhersteller geht, zeigt sich in folgendem: Es erscheint von vornherein gekünstelt, eine Irreführung und Benachteiligung der Abnehmer von "Markenbenzin" schon deshalb anzunehmen, weil die Herkunft der Ware, anders als bei markierten Waren, "im Dunkeln" bleibe ⁴³⁾; das weiß schließ-

40) Vgl. dazu auch oben 2. c).

41) Zum "Scheinargument" des Verbraucherschutzes vgl. insoweit auch Rödding DB 1969, 1877, 1878. Eine Trennung des "rechtstechnischen" und des "rechtspolitischen" Verbraucherbegriffs fordert auch Schneider DB 1974, 764, 767.

42) BGH GRUR 1966, 45; siehe oben § 2 IV 6 c).

43) BGH a.a.O. 46.

lich der Verbraucher und nimmt es wegen des günstigeren Preises in Kauf ⁴⁴⁾. Geradezu abwegig wird die Argumentation aber, wenn der BGH selbst bei doppelgleisigem Vertrieb von Markenbenzin und anonymem Benzin, den er unterstellt, den Verbraucher vor einer "Enttäuschung der Qualitätserwartungen" bewahren will ⁴⁵⁾; Doppelgleisigkeit des Vertriebs setzt doch gerade voraus, daß es sich um ein und dieselbe Ware handelt, somit kein Qualitätsunterschied besteht. Der BGH hat also das berechnete Interesse des Kraftfahrers, zu erfahren, wo er mit irgendeinem Markenbenzin identisches Benzin ohne Markierung billiger tanken kann, beiseite geschoben, um die durch Markenartikelwerbung geschaffenen Meinungsmonopole zu schützen. Es soll nicht erlaubt sein, "den werbemäßigen Vorteil wahrzunehmen, der in dem Begriff Markenware steckt" ⁴⁶⁾.

Wie das Aufklärungsinteresse der Verbraucher als Aufhänger zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeitsvorstellungen verwandt werden kann, macht auch die Rechtsprechung zur Richtpreiswerbung ⁴⁷⁾ deutlich: Der Irreführungsschutz der Verbraucher wird zurückgestellt gegenüber einem angeblichen Interesse, über Bedeutung und Ausgestaltung der Institution "Preisempfehlung" aufgeklärt zu werden. Das hinter diesem erzieherischen Einsatz der wettbewerblichen guten Sitten in Wahrheit wirtschaftspolitisch motivierte Vorstellungen über Sinn und Zweck der Preisempfehlung stehen, ist bereits oben ⁴⁸⁾ gezeigt worden.

44) Ebenso Tetzner JR 1966, 168; Schibel BB 1965, 967.

45) Vgl. BGH a.a.O. 47; kritisch dazu auch Thiedig (FN 3), 99; Schmidt-George, Einfluß des GWB (1969), 84; von Godin GRUR 1966, 127, 130.

46) BGH a.a.O. 46.

47) Nachweise s.o. § 2 in FN 155 ff.

48) S. § 2 IV 6 b.

b) Die scheinbar unsachliche Beeinflussung

Um ein scheinbar verbraucherschützendes Argument handelt es sich schließlich auch, wenn die Wertreklame neuerdings immer mehr zurückgedrängt wird, da sie ihrem Wesen nach ein leistungsfremdes Mittel sei, das den Verbraucher auf unsachliche Weise zum Geschäftsabschluß verführe ⁴⁹⁾. Es mag in diesem Zusammenhang auf sich beruhen, inwieweit das Modell des rational handelnden Verbrauchers, das dem Leistungsprinzip zugrunde liegt, wettbewerbsrechtliche Anerkennung verdient ⁵⁰⁾ und welche Anforderungen an die Sachlichkeit von Werbung im einzelnen zu stellen sind; jedenfalls ist nicht einsichtig, wieso der Verbraucher durch die modernen Formen der Wertreklame überhaupt benachteiligt sein soll, wenn - was für diese Werbemittel typisch ist - für homogene Produkte geworben wird, für Produkte also, die in Ausstattung, Qualität und Preis nicht oder nur unwesentlich differieren (z.B. Kaffee, Waschmittel, Treibstoffe).

Wenn etwa Kaffeefilialisten zur Förderung des Kaffeeabsatzes Bücher, Reisetaschen, Küchenwaagen u.a.m. besonders preisgünstig anbieten ⁵¹⁾, ist es keinesfalls unvorteilhaft für den Verbraucher, auf diese Angebote einzugehen, selbst wenn damit der Kauf von Kaffee gekoppelt sein sollte ⁵²⁾. Die Gerichte verwickeln sich denn auch nicht selten in Widersprüche. So ist es z.B. nicht einzusehen, weshalb die Vorspannangebote zu "unkritischen Einkäufen" ⁵³⁾, zu "unsachlichen Beeinflussungen" ⁵⁴⁾ der Verbraucher führen sollen, wenn die konkurrierenden Güter austauschbar sind, wie ausdrücklich hervorgehoben wird ⁵⁵⁾. Erkennt man an, daß

49) S. § 2 IV 2.

50) Vgl. dazu die Nachw. in FN 35.

51) Nachw. in § 2 FN 107.

52) Vgl. insoweit zutr. auch Borck WRP 1975, 75, 80.

53) LG Hamburg WRP 1975, 184, 185 - Taschenradio.

54) Z.B. BGH WRP 1975, 672, 673 - Rauchgläser.

55) Vgl. BGH a.a.O. 672; LG Hamburg a.a.O. 186.

auf solchen Märkten Umsatzsteigerungen im allgemeinen nur durch besondere Werbeanstrengungen erreicht werden können ⁵⁶⁾, schließt man einmal ruinöse Preiskämpfe aus, dann erscheint es doch sehr sinnvoll, wenn die Verbraucher ihr Kaufverhalten eben nach diesen "besonderen Werbeanstrengungen" ausrichten; im Gegenteil erschiene es nutzlos, einen Preis- und Qualitätsvergleich auszustellen, der zu nichts führt. Ist der Verbraucher wirklich so dumm, wenn er etwa für ein Kochbuch plus ein Pfund Kaffee ca. 16,-- DM zahlt, statt das gleiche Kochbuch im Buchhandel für 55,00 DM zu erwerben? ⁵⁷⁾

Ähnlich verhält es sich mit der "Umlenkung von Käuferströmen" zu Lebensmittelfilialbetrieben, die Gewinnspiele veranstalten ⁵⁸⁾. Aus verbraucherschützenden Erwägungen braucht eine solche Werbung nicht verboten zu werden, immer vorausgesetzt, daß keine besonderen Umstände eine psychologische Zwangslage bewirken oder den Verbraucher irreführen. Denn der BGH hebt selbst hervor, daß es den Kunden in der Regel gleichgültig ist, wo sie ihren täglichen Bedarf decken ⁵⁹⁾, sie finden überall ein vergleichbares Warenangebot vor. Wenn daher die durch ein Gewinnspiel einmal angelockten Verbraucher "bei dieser Gelegenheit" auch gleich ihre Einkäufe dort tätigen, folgen sie entgegen dem BGH nicht etwa sachfremden Einflüssen, sondern legen geradezu ein vernünftiges Konsumverhalten an den Tag ⁶⁰⁾.

Angeblich unsachlich soll es endlich auch sein, wenn durch kostenlose Verteilung von Wertgutscheinen über 0,80 DM, die beim Kauf eines Waschmittels in Zahlung gegeben werden können, zusätzliche Kaufimpulse ausgelöst werden. Der BGH hat diese verschleierte Preissenkung

56) BGH a.a.O., 672.

57) So der vom LG München WRP 1975, 57 und LG Frankfurt WRP 1974, 508 entschiedene Fall.

58) Vgl. BGH GRUR 1974, 156, 157 - Geld-Gewinnspiel.

59) BGH a.a.O.; vgl. auch BGH WRP 1975, 672, 673 - Rauchgläser.

60) Wie hier Ohlgart GRUR 1974, 693, 695.

verbieten, weil "Geldzuwendungen" wegen ihres starken Kaufanreizes in besonderer Weise geeignet seien, von einem sachgerechten Kaufverhalten abzulenken⁶¹⁾. Der Käufer sieht jedoch in dem Gutschein keine Barzuwendung, sondern einen Preisnachlaß auf ein bestimmtes Waschmittel. Wenn ihm nun diese Ware günstiger angeboten wird, schließt das nicht aus, daß er allein wegen der Preismäßigung auf Preis- und Qualitätsvergleiche mit anderen Waschmitteln verzichtet; es erscheint aber auch nicht unvernünftig, wenn er wegen des ihm gebotenen Preisvorteils nun eher geneigt sein wird, das verbilligte Waschmittel zu kaufen⁶²⁾.

In allen aufgeführten Fällen muß der Vorwurf der Unsachlichkeit um so mehr überraschen, als die Rechtsprechung bei der Beurteilung der Suggestivwerbung offenbar weniger empfindsam ist. Massive "Außensteuerung" des Kaufverhaltens durch Appelle an verborgene Sehnsüchte usw.⁶³⁾ wird nicht beanstandet. Für diese "innere Unwahrhaftigkeit"⁶⁴⁾ gibt es nur eine plausible Erklärung: Bestimmte Werbeformen sollen unterbunden werden, weil sie als für die Gesamtwirtschaft schädlich angesehen werden. Ein solcher "übertriebener" Wettbewerb wird vor allem in der Wertreklame gesehen, die darum von vornherein als suspekt erscheint⁶⁵⁾. Daß letztlich strukturpolitische Erwägungen entscheidend sind, zeigen auch diejenigen Urteile, die in vergleichbaren Fällen ausdrücklich auch auf den Schutz der kleineren Mitbewerber abheben⁶⁶⁾.

61) BGH GRUR 1974, 345, 347 - Geballtes Bunt.

62) So im Erg. auch Hoth GRUR 1974, 347, 348 f; Ohlgart GRUR 1974, 693, 696; Lehmann GRUR 1975, 239, 240.

63) Dazu ausführlich Loewenheim GRUR 1975, 99; Thiedig (FN 3), 11 ff; Schluep ZSchweizR 1972, 353 ff; Simitis (FN 3), 30 f; Abromeit, Das Politische in der Werbung (1972), 125 ff.

64) So auch Tetzner JZ 1975, 88, 89.

65) Vgl. § 2 zu FN 104.

66) BGH GRUR 1974, 156, 157 a.E. - Geld-Gewinnspiel und die Angaben in § 2 FN 107. Zur Berechtigung strukturpolitischer Wertungen s. § 12 III.

Wie der aufgeführte Beispielskatalog zeigt, sind in nicht wenigen Fällen wirtschaftspolitische Wertungen mit dem Etikett des Verbraucherschutzes versehen worden. Damit der Verbraucherschutzgedanke nicht auch in der juristischen Diskussion zum bloßen politischen Schlagwort ohne jede rechtliche Kennzeichnungskraft auswuchert, sollte jedenfalls hier klar zwischen den typischen Verbraucherinteressen, den wettbewerbspolitischen Zielsetzungen und den allgemein-menschlichen Interessen der Verbraucher in ihrer Eigenschaft als gewöhnliche Individuen unterschieden werden. Allein die typischen Verbraucherinteressen verdienen das Prädikat Verbraucherschutz, während die anderen Interessen davon unabhängige Wertungsgesichtspunkte darstellen, die ihrer eigenen Rechtfertigung bedürfen.

II. WIRTSCHAFTSPOLITISCHE WERTUNGEN

Die Entscheidung darüber, welche der von der Bestandsaufnahme (§§ 1-3) her bekannten Wertungen als "wirtschaftspolitisch" einzuordnen sind (3), setzt zunächst einmal voraus, daß mit dem Vorurteil aufgeräumt wird, "wirtschaftspolitisch" heiße zwangsläufig zugleich "wettbewerbsrechtlich unzulässig" (1); sodann sind die unterschiedlichen Funktionen der Wirtschaftspolitik und ihr Verhältnis zum Wettbewerbsschutz und Unlauterkeitsschutz aufzuzeigen (2), um so einen Überblick über die denkbaren Arten wirtschaftspolitischer Wertungen und ihren möglichen Einfluß auf die Auslegung der wettbewerblichen guten Sitten zu erhalten.

1. Wirtschaftspolitik statt Rechtsprechung

Die Gegner einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen werfen den Gerichten vor, Wirtschaftspolitik zu betreiben, statt Recht zu sprechen; dieser Vorwurf ist auch bei denjenigen weit verbreitet, die eine Einbeziehung öffentlicher Interessen in den Schutzbereich des § 1 UWG grundsätzlich befürworten ⁶⁷⁾.

a) Unterschiede in der Aufgabenstellung

Gegen diese Gegenüberstellung von Wirtschaftspolitik und Rechtsprechung im Sinne eines Ausschließlichkeitsverhältnisses ist nichts zu sagen, sofern man darunter die Tätigkeiten des Wirtschaftspolitikers und des Richters versteht, die sich in der Tat prinzipiell unterscheiden. Der Unterschied liegt nicht so sehr in der inhaltlichen Ausgestaltung der Tätigkeiten. Zwar übt der Wirtschaftspolitiker schwerpunktmäßig eine gestaltende und planerische, in die Zukunft weisende Tätigkeit aus, während der Richter einen vergangenen oder gegenwärtigen Sachverhalt zu beurteilen hat, auf den er das Gesetz anwenden muß; aber auch die richterliche Tätigkeit erschöpft sich nicht in reiner Subsumtionstechnik, sondern schließt nach heutigem Verständnis stets - nicht nur bei Anwendung der Generalklauseln - auch schöpferische Willensakte ein ⁶⁸⁾, während andererseits der Wirtschaftspolitiker mit seinen Planungen auf einem gegenwärtigen Zustand aufbaut, den er zuerst erkenntnistheoretisch erforschen muß, um Entscheidungshilfen zu erhalten ⁶⁹⁾. Beide Tätigkeiten, die des Wirtschaftspolitikers und die des Richters, enthalten also kognitive und voluntative Elemente.

67) S. oben § 3 I 1 b und 2 unter (6).

68) Dazu ausführlich Dütz ZZP 1974, 361, 366 ff m.w.N.

69) Dazu sogleich unter 2.

Die Tätigkeit des Richters unterscheidet sich von der des Wirtschaftspolitikers jedoch grundlegend dadurch, daß der Richter, auch wenn ihm eine gestaltende Entscheidung abverlangt wird, an Gesetz und Recht gebunden ist (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) ⁷⁰⁾. Während der Wirtschaftspolitiker im wesentlichen eine *zweckmäßige* Entscheidung trifft, für die er sich "politisch" zu verantworten hat, muß es oberste Maxime für den Richter sein, eine *gerechte* Entscheidung zu finden. Das Prinzip der Gerechtigkeit ⁷¹⁾ ist zugleich Maßstab und Grenze richterlicher rechtsschöpferischer Tätigkeit; es erfordert, daß der Richter stets einzelfallbezogen wertet. Nur in diesem Rahmen steht ihm ein voluntativer Freiraum zu. Auch wenn der Richter vom Gesetzgeber ausdrücklich zur Rechtsgestaltung aufgerufen ist, darf er den ihm zur Beurteilung vorliegenden Fall nicht zum Anlaß nehmen, darüber hinausgehende ("politische") Zielsetzungen zu verwirklichen; er darf nicht Rechtsschöpfung im Hinblick auf die Lösung künftiger, andersliegender Konflikte betreiben ⁷²⁾. Ob und inwieweit die Rechtssprechung bei der Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 1 UWG durch Berücksichtigung öffentlicher Interessen die ihr von Recht und Gesetz gezogenen Grenzen überschritten und damit in den Bereich der Wirtschaftspolitik übergegriffen hat, ist eine Kernfrage dieser Arbeit, auf die in §§ 11, 12 eine Antwort gegeben wird.

b) Ausräumung eines Vorurteils

Der Vorwurf, es werde Wirtschaftspolitik betrieben, statt Recht gesprochen, kann jedoch auch in einem anderen, irreführenden Sinn verstanden werden; es kann nämlich

⁷⁰⁾ Vgl. Dütz Z郑 1974, 361, 372 ff.

⁷¹⁾ Vgl. dazu Henkel, Rechtsphilosophie (1964), 301 ff.

⁷²⁾ Vgl. Schlüter, Obiter dictum (1973), 23 ff; Dütz Z郑 1974, 361, 378 f.

die Deutung nahegelegt werden, die Charakterisierung als wirtschaftspolitische Wertung "beweise" gleichsam ihre wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit. Das Mißverständnis einer "automatischen" Gleichsetzung von "wirtschaftspolitisch" und "wettbewerbsrechtlich unzulässig" wird geradezu provoziert durch die in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion übliche Methode, Wertungen, die vom jeweiligen Interessenstandpunkt aus unerwünscht erscheinen, als "wirtschaftspolitisch" abzuqualifizieren, während die übrigen Wertungen als zulässige wettbewerbsrechtliche Erwägungen eingestuft werden; bei der Frage, nach welchen Kriterien denn wirtschaftspolitische und wettbewerbsrechtliche Werturteile voneinander getrennt werden können, hält man sich nicht auf. Welche eigenartigen Ergebnisse dieses Vorgehen hervorbringen kann, zeigt folgendes Beispiel: Während Schwartz, einer der Hauptkritiker der Rechtsprechung, dieser pauschal wirtschaftspolitisches Fehlverhalten vorhält, nimmt er gerade einen Fall, der diesen Vorwurf am ehesten gerechtfertigt hätte ⁷³⁾, von seinem Urteil aus; in der Entscheidung "Markenbenzin", so meint Schwartz, habe der BGH die Interessen der Verbraucher zutreffend gewürdigt ⁷⁴⁾.

Auch der BGH selbst unterstellt eine gleichsam automatische wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit wirtschaftspolitischer Wertungen. Denn gegen den im Fall des massenweisen Werbeschenkens erhobenen Vorwurf, wirtschaftslenkende Maßnahmen zu ergreifen, verteidigt er sich defensiv: Anders als das Reichsgericht beurteile er die Werbemaßnahme nicht nach wirtschaftspolitischen Erwägungen, sondern danach, ob "die dem Wettbewerb wesenseigenen Wirkungen" noch zur Geltung kämen; Grundlage

73) Zu BGH GRUR 1966, 45 - Markenbenzin - vgl. o. I 3 a.

74) Schwartz GRUR 1967, 333, 342.

seiner Entscheidung sei daher der "vom Recht verlangte Schutz der Mitbewerber gegen eine Behinderung ihrer wettbewerblichen Betätigung" ⁷⁵⁾. Diese scharfe Trennung von rechtlicher und wirtschaftspolitischer Entscheidung hält jedoch der BGH ebenso wenig durch wie seine Kritiker. Damit soll nicht nur das später von ihm selbst als wirtschaftspolitisch erkannte Bestreben, kleinere Mitbewerber vor Übersteigerung zu schützen ⁷⁶⁾, angesprochen sein; denn auch das Unlauterkeitsargument, das massenweise Werbeschenken führe zu einer Gefährdung des Bestands des Wettbewerbs und verstoße damit gegen die Grundlagen der bestehenden Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung ⁷⁷⁾, ist wirtschaftspolitischer Natur: Die Wirtschaftsordnung ist nichts anderes als die grundsätzliche Gestaltung der Wirtschaftspolitik ⁷⁸⁾. Auch in anderen Fallgestaltungen hat das wettbewerbsrechtliche Unwerturteil, wie sich allerdings vielfach erst bei näherem Hinsehen ergibt, nicht selten eine wirtschaftspolitische Grundlage; das ist bereits wiederholt ⁷⁹⁾ deutlich geworden und wird noch im Zusammenhang aufgezeigt werden ⁸⁰⁾.

Als vorläufiges Fazit bleibt hier nur festzuhalten, daß eine klare Trennung von (angeblich unzulässigen) wirtschaftspolitischen und (zulässigen) wettbewerbsrechtlichen Werturteilen entgegen anderslautenden Beteuerungen in Praxis und Lehre tatsächlich nicht immer erfolgt. Es erscheint daher als unerlaubte Verkürzung des Problems, wenn man den für wettbewerbsrechtlich zulässig gehaltenen Argumenten von vornherein ihren wirtschafts-

75) BGHZ 23, 365, 375 - Suwa.

76) Vgl. die Kritik am Suwa-Urteil (BGHZ 23, 365, 371) in BGHZ 43, 278, 283 - Kleenex.

77) BGHZ 23, 365, 371; 43, 278, 283.

78) Jöhr, in: Staatslexikon, Stichwort: Wirtschaftspolitik, (S. 795).

79) S. § 2 IV und o. I 3.

80) S. im folgenden II und §§ 6 ff.

politischen Charakter abspricht oder umgekehrt wirtschaftspolitische Argumente per se für unzulässig hält; damit geht man den Fragen nach dem Verhältnis von Wirtschaftspolitik und Rechtsprechung, von Wirtschaftsordnung und Wettbewerbsrecht aus dem Weg. Wirtschaftspolitische Argumente sollten auch dann als solche bezeichnet werden, wenn sie in die Rechtsordnung Eingang gefunden haben, m.a.W. "verrechtlicht" worden sind. Mit der Klassifizierung eines Arguments als "wirtschaftspolitisch" wird daher über seine wettbewerbsrechtliche Verwendbarkeit noch gar keine Aussage getroffen; die Entscheidung darüber muß den späteren Ausführungen vorbehalten bleiben.

2. Wirtschaftspolitik, Wettbewerbsschutz,

Unlauterkeitsschutz

Wirtschaftspolitik ist die Beeinflussung und Gestaltung der wirtschaftlichen Tätigkeit im Hinblick auf Wirtschaftsprozeß, -struktur und -ordnung durch den Staat oder von ihm abgeleitete Einrichtungen ⁸¹⁾. Die Wirtschaftspolitik erfüllt zwei Funktionen: Sie setzt einmal Leitziele, die festlegen, wie das Verhältnis der einzelnen Wirtschaftssubjekte (Einzelwirtschaften) und der Gesamtwirtschaft zueinander grundsätzlich gestaltet sein soll. Das ist der Anwendungsbereich der normativen oder politischen Ökonomie. ⁸²⁾ Da kaum je alle politisch erwünschten Zielsetzungen zugleich verwirklicht werden können, ist es erforderlich, unter bewußter Aufopferung oder teilweiser Zurücksetzung eines oder mehrerer Ziele

81) Vgl. die Definitionen von Jöhr, in: Staatslexikon, Stichwort: Wirtschaftspolitik (S. 794), und von K. Schiller, in: HDSW, Stichwort: "Wirtschaftspolitik" (S. 210).

82) Vgl. dazu nur Sandrock, Grundbegriffe (1968), 61 ff, m.w.N.

Prioritäten zu setzen. Diese Wertentscheidung setzt Kenntnis der aufgrund der ökonomischen Zusammenhänge zwischen den einzelnen Zielvorstellungen bestehenden Kompatibilitäten und Inkompatibilitäten voraus. Die ordnungspolitischen Grundentscheidungen (Leitbilder) bilden die Wirtschaftsordnung⁸³⁾. Zum anderen ist es Aufgabe der Wirtschaftspolitik, die zur Verwirklichung des gesollten Ziels notwendigen Mittel aufzuzeigen. Das ist der Anwendungsbereich der wirtschaftspolitischen Kunstlehre⁸⁴⁾. Sie erteilt die Ratschläge dafür, wie das Seiende dem Seinsollenden angenähert werden kann und bedient sich zu diesem Zweck bestimmter von der Wirtschaftstheorie (positiven Ökonomie)⁸⁵⁾ entwickelter Marktmodelle, Ablaufgesetze und wirtschaftstheoretischer Hypothesen. Allerdings ist eine eindeutige "kollektive Wohlfahrtsfunktion", an der konkret gemessen werden könnte, ob und inwieweit eine bestimmte Wirtschaftspolitik ihr Ziel erreicht, bisher nicht gefunden worden⁸⁶⁾.

In einem marktwirtschaftlichen System kommt dem Wettbewerb die Funktion zu, durch Stimulierung der Leistung (Auslese- und Antriebsfunktion) wie durch Steuerung und Koordination des Wirtschaftsprozesses (Ordnungs-, Gleichgewichts- und Steuerungsfunktion) dem gesamtwirtschaftlichen Optimum möglichst nahe zu kommen (wohlfahrtsökonomische Funktion). Zugleich soll der Wettbewerb als "Entmachtungsinstrument" wirken; er soll eine breite Streuung wirtschaftlicher Macht sicherstellen

83) Vgl. Jöhr (FN 78), a.a.O.; v. Nell-Breuning, in: Staatslexikon, Stichwort "Wirtschaftsethik" (S. 775). Vgl. auch Sandrock (FN 82), 38 ff.

84) Vgl. dazu ausführlich Sandrock (FN 82), 66 f.

85) Dazu Sandrock (FN 82), 10 ff m.w.N.

86) K. Schiller, (FN 81), 212.

und damit den Markt als freiheitliche Ordnung der sozialen Beziehungen aller am Markt Beteiligten wie auch die individuelle Handlungsfreiheit der einzelnen Wirtschaftssubjekte gewährleisten (sog. gesellschafts-politische Funktion) ⁸⁷⁾. Einen Wettbewerb, der alle diese ihm zugeschriebenen Funktionen ideal erfüllt, gibt es nicht; es ist nun Aufgabe der politischen Ökonomie, mögliche Zielkonflikte etwa zwischen dem Freiheitsschutz und gesamtwirtschaftlicher Effizienz ⁸⁸⁾ aufzudecken und die vorzugswürdigen wettbewerbspolitischen Ziele festzulegen; die wirtschaftspolitische Kunstlehre erteilt den staatlichen Institutionen Ratschläge, wie die Ziele am besten erreicht werden können, insbesondere ob und welche Interventionen in den Wirtschaftsablauf erforderlich sind.

Eine normativ verbindliche Festlegung der Eingriffstatbestände enthält das GWB, das "Grundgesetz der Marktwirtschaft" ⁸⁹⁾. Es ist allerdings umstritten, ob das GWB den Wettbewerb in erster Linie wegen der ökonomischen Erfolge schützt, also eine wirtschaftspolitische Zweckmäßigskeitsentscheidung trifft ⁹⁰⁾, oder ob es vorrangig der Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit

87) Zu den Wettbewerbsfunktionen vgl. Möschel, Wirtschaftsrecht der Banken (1972), 337 ff; Säcker, Zielkonflikte (1971), 14 ff; Schmidbauer, Allokation (1974), 47 ff; jeweils m.w.N.

88) Hoppmann (z.B. in "Wettbewerb als Aufgabe" (1968), 61, 103) leugnet die Möglichkeit eines solchen Konflikts; dagegen mit überzeugenden Gründen z.B. Möschel (FN 87), 339 ff; Schmidbauer (FN 87), 62 ff; Säcker (FN 87), 18 ff; Gotthold WRP 1974, 602, 603; Tolksdorf, Jb. f. Nationalökonomie u. Statistik, Bd. 183 (1969/70), 63 ff.

89) Vgl. Sack GRUR 1975, 297, 301.

90) So insbesondere Kantzenbach, Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (1967), 13 ff; Würdinger WuW 1953, 721, 726.

des einzelnen durch Kontrolle privater wirtschaftlicher Macht dient ⁹¹⁾. Die hier interessierende Frage ist die, welche Rolle dem UWG in diesem Zusammenhang *neben* dem GWB zukommt. Schreibt man dem Unlauterkeitsrecht, insbesondere der Generalklausel des § 1 UWG, auch eine wettbewerbsregelnde Funktion zu, bejaht man die grundsätzliche Zulässigkeit wirtschaftspolitischer Wertung; sucht man dann nach konkreteren Ansätzen für eine Auslegung der "guten Sitten", wird die Parallele zur Schutzzweckdiskussion beim Beschränkungsrecht unausweichlich: Freiheitsschutz oder ökonomische Wohlfahrt? ⁹²⁾

3. Arten wirtschaftspolitischer Wertungen und

Zuordnung der wettbewerbsrechtlichen Argumente

Folgende Arten wirtschaftspolitischer Wertungen sind nach den vorangegangenen Ausführungen zu unterscheiden:

- Ökonomische Nützlichkeitserwägungen (Wohlstandsmehrung, Existenzsicherung, individuelle Leistungsgerechtigkeit),
- gesellschaftspolitische Zielsetzungen (Schutz eines freien, marktwirtschaftlichen Systems und Schutz individueller wirtschaftlicher Handlungsfreiheit, Freiheit der Konsumwahl),
- wirtschaftspolitische Leitmotive (Grundsätze der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung) und
- wettbewerbstheoretische Erkenntnisse (Hypothesen, Ablaufgesetze, Marktmodelle).

91) Vgl. Möschel (FN 87), 339 ff, 346 ff; Säcker (FN 87), 18 ff; Hoppmann (FN 88), 104; Koch, Schadenersatz (1967), 15 ff; Emmerich, Wettbewerbsrecht (1975), 6 ff; jeweils m.w.N.

92) Vgl. zum Ganzen unten Teil III.

Ökonomische und gesellschaftspolitische Zielsetzungen stehen in einem komplizierten Wirkungszusammenhang. Einerseits erscheinen Konflikte zwischen Wettbewerbsfreiheit und ökonomischer Effizienz im konkreten Einzelfall unausweichlich ⁹³⁾, andererseits darf aber auch nicht übersehen werden, daß beide Ziele sich gegenseitig bedingen: Private Handlungsfreiheit ist Voraussetzung für die Schaffung individuellen und gesamtwirtschaftlichen Wohlstandes, setzt aber ihrerseits eine ökonomische Basis, ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Existenz, voraus. Angriffe auf diese Existenz können sich daher auch als Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit darstellen. Eine Zuordnung der wettbewerbsrechtlichen Argumente zu der einen oder anderen Gruppe kann deshalb nur schwerpunktmäßig erfolgen und besagt nichts darüber, wie im praktischen Einzelfall die Abgrenzung zu erfolgen hätte. Unter diesem Vorbehalt steht die folgende Aufzählung:

Um den *einzel- und gesamtwirtschaftlichen Nutzen* geht es grundsätzlich dann, wenn wegen schlechter Marktergebnisse eine Korrektur des Wirtschaftsablaufs für erforderlich gehalten wird oder umgekehrt. Im Unlauterkeitsrecht ist in diesem Zusammenhang der optimalen Versorgung der Bevölkerung ⁹⁴⁾, dem Schutz der Währungsstabilität ⁹⁵⁾, dem Interesse an wirtschaftlichem und technischem Fortschritt ⁹⁶⁾, dem Schutz bestimmter für ökonomisch nützlich erachteter Einrichtungen des Wirtschaftsverkehrs (wie Preisbindung ⁹⁷⁾, Preisempfehlung ⁹⁸⁾, Markenwaren ⁹⁹⁾) besondere Bedeutung beigegeben worden. Einen Schwerpunkt in der wettbewerbsrechtlichen Vgl. dazu die Angaben FN 88.

94) S. § 2 IV 5 b und c; vgl. auch 5 a zu FN 142.

95) S. § 2 IV 5 d.

96) S. § 2 IV 5 a.

97) S. § 2 IV 4 b.

98) S. § 2 IV 6 b u. § 5 I 3 a.

99) S. § 2 IV 6 c u. § 5 I 3 a.

lichen Diskussion bilden die sog. *strukturpolitischen Erwägungen*, z.B. der Schutz ganzer Branchen, des Fachhandels wie überhaupt kleinerer Mitbewerber gegenüber kapitalkräftigeren Mitbewerbern ¹⁰⁰⁾. Solche mittelstandsschützenden Überlegungen liegen auch dem *Schutz vor Übersteigerung*, vor einer Wettbewerbsverwilderung, vor Auswüchsen des Wettbewerbs u.ä. zugrunde ¹⁰¹⁾, denn von solcher Übertreibung sind allein kleinere Mitbewerber und strukturschwache Branchen betroffen. Der BGH schwankt offensichtlich hin und her ¹⁰²⁾, ob er den von ihm bezweckten Schutz kleinerer Mitbewerber vor Übersteigerung auch beim Namen nennen soll oder ob er andere, sog. wettbewerbsrechtliche Kriterien, wie z.B. "unsachliche Beeinflussung der Verbraucher", "übermäßiges Anlocken", "Schutz des Leistungswettbewerbs" vorschieben soll. Es ist bereits gezeigt worden, daß es sich bei dem angeblichen Verbraucherschutz um einen Etikettenschwindel handelt ¹⁰³⁾, dasselbe muß für die Formel des "übermäßigen Anlockens" gelten, die keinen über den sog. Sachlichkeitsgrundsatz hinausgehenden Sinngehalt hat und der Präzisierung bedarf, will man mit ihr etwas anfangen können ¹⁰⁴⁾. Auch der Grundsatz des Leistungswettbewerbs erhält - wie wir noch sehen werden (unten 4) - seinen Sinngehalt erst durch die dahinter stehenden Wertungen, in den Fällen eines Schutzes vor übertriebenem Wettbewerb also durch eben diesen Sachlichkeitsgrundsatz, hinter dem sich letztlich strukturpolitische Überlegungen verbergen (oben I 3 b).

100) S. § 2 IV 3.

101) S. § 2 IV 1.

102) Vgl. einerseits BGHZ 23, 365, 371 - Suwa, andererseits BGHZ 43, 278, 283 - Kleenex u. wiederum BGH GRUR 1974, 156, 157 - Geld-Gewinnspiel.

103) Oben I 3 b.

104) Vgl. auch die Kritik bei Hoth GRUR 1974, 547, 549 u. Lehmann, Die Werbung mit Geschenken (1974), 157 ff.

Die *Freiheit wirtschaftlicher Betätigung* steht als Zielsetzung hinter folgenden Argumenten: Schutz des Bestands des Wettbewerbs vor Marktverstopfung ¹⁰⁵⁾, Verhinderung einer erheblichen Einschränkung des Wettbewerbs durch Aufteilung des Marktes ¹⁰⁶⁾, Verbot unbilliger Beschränkung des Marktzutritts aufgrund lokaler Marktmacht ¹⁰⁷⁾, wie überhaupt Schutz der Wettbewerber vor Marktverdrängung und -behinderung durch Mißbrauch wirtschaftlicher Macht; Förderung von Markttransparenz ¹⁰⁸⁾. Hierher gehören auch die *Ausnahmen vom Schutz wirtschaftlicher Handlungsfreiheit*, die *aus übergeordneten außerwirtschaftlichen Gründen* gemacht werden, etwa wenn der Presse ¹⁰⁹⁾ oder anderen Gewerbezweigen und Berufsständen ¹¹⁰⁾ wegen ihrer gemeinschaftswichtigen Funktion ein erhöhter Bestandsschutz im Wettbewerb zugebilligt wird.

Wettbewerbspolitische Leitziele sind der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs, so wie er durch das GWB in unserer Wirtschaftsordnung verankert ist, und der Schutz des Leistungswettbewerbs.

Wir haben bereits gesehen, daß das GWB (neben ökonomischen Vorstellungen) die Zielsetzung verfolgt, private wirtschaftliche Macht zu binden, um die Freiheit des einzelnen zu sichern (oben 2). Außer diesem allgemeinen Schutzzweck lassen sich möglicherweise aus den einzelnen Vorschriften des Gesetzes Zwischenziele ableiten, die den Grundsatz der Kontrolle wirtschaftlicher Macht für bestimmte Fallgruppen und Einzelfälle konkretisieren.

105) S. § 2 I 2.

106) S. § 2 IV 4 b zu FN 137.

107) S. § 2 IV 3 c.

108) S. § 2 IV 4 a.

109) S. § 2 II.

110) S. § 2 IV 9b - e.

Im Leistungsprinzip wird die materielle Grundlage¹¹¹⁾ oder jedenfalls ein Leitgedanke¹¹²⁾ zur Beurteilung wettbewerblichen Handelns gesehen¹¹³⁾. Der schillernde Begriff bedarf näherer Aufhellung.

4. Der Grundsatz des Leistungswettbewerbs

Die Tauglichkeit des "Leistungswettbewerbs" als Rechtsbegriff ist umstritten, da es nahezu so viele Definitionen von "Leistungswettbewerb" gibt, wie Autoren vorhanden sind, die sich seiner zur Abgrenzung des lautereren vom unlauteren Verhalten bedienen¹¹⁴⁾. Die besondere Schwierigkeit liegt darin, daß der Begriff der Leistung nicht eindeutig bestimmbar ist¹¹⁵⁾. Zunächst lassen sich zwei grundverschiedene Aspekte des Begriffs Leistungswettbewerb erkennen: Der Leistungswettbewerb kann als Ordnungsfaktor des marktwirtschaftlichen Systems oder als Auseinandersetzung zwischen einzelnen Wettbewerbern gesehen werden (makro- bzw. mikro-ökonomische Betrachtungsweise).

111) Z.B. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933), 212 ff, 250 ff; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (1958), 117; Kunze, Behinderungswettbewerb (1963), 14 ff; Knopp, Institutionenschutz (1967), 316; Kroitzsch GRUR 1965, 12, 16.

112) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 73; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz (1974), 246; Hunold, Verkaufswettbewerbe (1966), 55, 103 f, 106 ff.

113) Rechtsprechungsnachweise oben § 2 V 3, FN 191-193 u. bei Freitag, Leistungswettbewerb (1968), 48 ff; w. Schrifttumshinweise oben § 3 FN 51.

114) Vgl. den Überblick über die unterschiedlichen Definitionen bei Freitag (FN 113), 28 ff. u. Knöpfle, Rechtsbegriff "Wettbewerb" (1966), 56 ff.

115) Vgl. von Nell-Breuning WuW 1952, 371, 373; Knöpfle (FN 114), 58; Dörinkel DB 1967, 1883, 1885.

Die makroökonomische Sicht herrscht in der politischen Ökonomie; vor allem die Vertreter der Freiburger Schule sehen im Leistungswettbewerb das entscheidende Koordinationsprinzip einer marktwirtschaftlichen Gesellschaft. Dem Leistungswettbewerb wird dabei das für richtig gehaltene Marktmodell untergeschoben: er wird mit der Marktform der vollständigen Konkurrenz identifiziert ¹¹⁶⁾. Aussagekräftige Verhaltensnormen für den konkreten Einzelfall lassen sich jedoch aus Marktformen, welcher Art sie auch immer sein mögen, nicht gewinnen. Es wird nämlich vom tatsächlichen Verhalten der Marktteilnehmer, das mit dem zugrundegelegten Modell ja keineswegs übereinstimmen muß, vollständig abgesehen; vielmehr werden aufgrund von Erfahrungssätzen verallgemeinernde Wahrscheinlichkeitsaussagen getroffen ¹¹⁷⁾. Die makroökonomische Betrachtungsweise des Neoliberalismus umschreibt den Leistungswettbewerb denn auch nur undeutlich. Wenn z.B. Röpke definiert: "Leistungswettbewerb ist der unverfälschte, unter fairen und gleichen Bedingungen des Wettbewerbs sich abspielende Wettbewerb, in dem sich der privatwirtschaftliche Erfolg nach der Höhe der Leistung für den Konsumenten bemisst" ¹¹⁸⁾, stellen sich sofort weitere Fragen, die abschließend und allgemeingültig nicht geklärt werden können: Was ist "Leistung"? Was heißt "unverfälscht", "fair"? Wann liegen "gleiche Bedingungen" vor? Übergroße Abstraktion führt zu nichtssagenden Umschreibungen, eine Unbekannte wird durch eine andere ersetzt.

116) Z.B. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1955), 247; w. Nachw. u. Einzelh. bei Freitag (FN 113), 57 ff.

117) Vgl. im einzelnen Freitag (FN 113), 59, 65, 68, 81.

118) Röpke, Gesellschaftskrisis (1948), 164.

Auch die auf das konkrete Wettbewerbsverhältnis bezogene *mikroökonomische* Betrachtungsweise liefert keine verbindlichen materialen Kriterien zur Bestimmung der Unlauterkeit des Wettbewerbshandelns. Diese Sicht überwiegt im Unlauterkeitsrecht. Entscheidenden Einfluß auf die Rechtsprechung hatte das Einteilungsschema von Nipperdey, der unter Berufung auf Lobe ¹¹⁹⁾ zwischen Leistungswettbewerb und Behinderungswettbewerb unterschied. Leistungswettbewerb besteht danach "in der Förderung der Absatztätigkeit mit den Mitteln der eigenen Leistung (Preisunterbietung, Qualitätssteigerung)", während Behinderungswettbewerb nicht durch eigene Leistung, sondern durch Behinderung der Mitbewerber erfolgt, um dadurch erst freie Bahn für den Absatz zu gewinnen ¹²⁰⁾. Auch hier fragt man wieder: Was ist Leistung, was ist *eigene* Leistung? Gehört z.B. zur Leistung auch die Werbung und wenn ja, nicht nur die rein informative, sondern auch die suggestive Reklame, die an Gefühle appelliert? ¹²¹⁾ Hier zeigt sich von neuem, daß zur Konkretisierung des Leistungsbegriffs Wertentscheidungen *von außen* an diesen herangetragen werden müssen ¹²²⁾. Wie man das Leistungsprinzip auch immer definiert, alle Konkretisierungsbestrebungen laufen zwangsläufig auf eine lange Liste zusätzlicher Kriterien hinaus, die ihrerseits der Konkretisierung bedürfen ¹²³⁾. Da die wirtschaftliche Leistung üblicherweise mit der vom Unternehmer auf den Markt gebrachten Leistung identifiziert wird ¹²⁴⁾, bleibt es auch nicht aus, daß mikro- und makroökonomische Betrachtungsweise ineinander übergehen,

119) Lobe I 8 ff.

120) Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung (1930), 16.

121) Dafür z.B. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 72 a.E.; dagegen z.B. Fezer BB 1976, 705, 706.

122) Knöpfler (FN 114), 59 f; Benisch WuW 1955, 421, 423 f.

123) Knöpfler (FN 114), 58; Dörinkel DB 1967, 1883, 1885; vgl. auch die Aufzählung bei Freitag (FN 113), 37 f.

124) Z.B. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 72.

indem auf die Schiedsrichterfunktion des Kunden abgestellt wird: Der Kunde soll mit der Auswahl der besseren Leistung "der Leistung den Vorrang geben, die den größten eigenen wie volkswirtschaftlichen Gesamtnutzen erbringt" ¹²⁵⁾. Die Manipulierbarkeit des Leistungsbegriffs i.S. des jeweils erwünschten Ergebnisses zeigt gerade auch die praktische Anwendung der Nipperdeyschen Grundsätze. Nipperdey hat die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb anlässlich eines Rechtsstreits im Rahmen eines Rechtsgutachtens getroffen; während Nipperdey nun in dem zur Beurteilung anstehenden systematischen Preisunterbieten eine Form des Leistungswettbewerbs sah, stellte das Reichsgericht fest, daß es sich, wenn man sich die Einteilung von Nipperdey zu eigen mache, um einen "typischen Fall des sog. Behinderungswettbewerbs" handele ¹²⁶⁾.

Die vielseitige Verwendbarkeit des Leistungsprinzips und seine Abhängigkeit von der Wirtschaftsordnung zeigt sich ferner darin, daß es heute aus der sozialen Marktwirtschaft abgeleitet wird ¹²⁷⁾, nach 1933 dagegen als Errungenschaft des Nationalsozialismus hingestellt wurde ¹²⁸⁾.

125) Kunze (FN 111), 23; ähnl. Herber, Leistungswettbewerb (1956), 34. Vgl. auch die Definition von Fikentscher (FN 111), 116 f; "Das Leistungsprinzip ist gewahrt, wenn die Leistung des Mitbewerbers und die wirtschaftlichen Auswirkungen der von dieser Leistung getragenen Wettbewerbshandlung auf die übrigen Mitbewerber und die Kunden in einem für die Gesamtheit erträglichen Verhältnis stehen". Dazu die zutreffende Kritik von Knöpfe (FN 114), 60 und Freitag (FN 113), 31.

126) RGZ 134, 342, 353; zum gesamtwirtschaftlichen Bezug dieser Entscheidung vgl. unten § 9 II 2, 3.

127) Z.B. Kunze (FN 111), 1822; Hunold (FN 112), 53 ff; Meyer-Cording JZ 1964, 273, 310; v. Godin GRUR 1966, 127, 131.

128) Z.B. Gütebier JW 1934, 1091, 1092 f; Utescher GRUR 1936, 5, 13; w. Nachw. unten § 10, FN 19 u. bei Freitag (FN 113), 6 ff.

Von der "volksverbundenen Leistung", d.h. von der am allgemeinen Nutzen orientierten Leistung, erhoffte man sich die größte gesamtwirtschaftliche Leistungssteigerung. Leistungswettbewerb war danach der geordnete, in ruhigen Bahnen verlaufende Wettbewerb; es sollte kein Wirtschaftskrieg herrschen, sondern eine Wettkampfgemeinschaft: Solidarität, ja Kameradschaft unter den Wettbewerbern wurde gefordert ¹²⁹⁾.

Zudem wird das Leistungsprinzip wohl kaum für den gesamten Bereich wettbewerblichen Handelns als Verhaltensrichtlinie in Frage kommen. Das gilt auch dann, wenn man richtigerweise in dem Behinderungswettbewerb nur einen Unterfall des Nichtleistungswettbewerbs sieht ¹³⁰⁾. So stellt Hefermehl fest, daß es einen Nichtleistungswettbewerb gebe, der noch erlaubt sei, und einen Leistungswettbewerb, der unerlaubt sei ¹³¹⁾. Diese Einschränkung gilt natürlich nicht, wenn man den Begriff so weit faßt, daß im Ergebnis lauterer Handel mit Leistungswettbewerb und unlauterer Handel mit Nichtleistungswettbewerb zusammenfällt ¹³²⁾. Ein solcher Begriff verliert jedoch, wie die unpraktikable Definition von Fikentscher ¹³³⁾ zeigt, jegliche Konturen, so daß ein Kreisschluß droht: Die guten Sitten werden durch den Leistungswettbewerb definiert, der seinerseits seinen Sinngehalt durch die guten Sitten erhält.

129) Dazu ausführlich unten § 10 II, III 4 a; vgl. auch Freitag (FN 113), 6 ff.

130) Z.B. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 71; Hubmann (FN 112), 246.

131) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 73 a.E.

132) Vgl. Knopp (FN 111), 316; Fikentscher (FN 111), 116 f; Hunold (FN 112), 55 u. wohl auch Meyer-Cording JZ 1964, 273, 310; v. Godin GRUR 1966, 127, 131.

133) Vgl. oben in FN 125.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß sich aus dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs eigenständige materiale Kriterien zur Beurteilung des Wettbewerbsverhaltens nicht gewinnen lassen. Vielmehr handelt es sich bei dem "außerordentlich suggestiven Prädikat" ¹³⁴⁾ um eine Worthülse, in die ganz verschiedenartige Wertvorstellungen hineingelegt werden können; erst von außen her erhält der Leistungswettbewerb seinen Sinngehalt, wobei mikro- und makroökonomische Betrachtungsweise ineinander übergehen. Wegen der so provozierten Gefahr mißverständlicher Aussagen und verdeckter gesamtwirtschaftlicher Nützlichkeitsabwägungen ist der Grundsatz des Leistungswettbewerbs als juristische Auslegungshilfe abzulehnen. Es kommt hinzu, daß das wie auch immer definierte Leistungsprinzip nicht für alle Formen des Wettbewerbs einen allgemeinen Bewertungsmaßstab abgeben kann, es sei denn, man reduziert es auf eine - nichtsagende - Umschreibung der guten Sitten ¹³⁵⁾.

Die Anknüpfung an den Grundsatz des Leistungswettbewerbs hat aber trotz aller kritischen Einwände eine sachliche Bedeutung: sie ist Ausdruck des Bemühens, die Lauterkeit oder Unlauterkeit des Wettbewerbsverhaltens vom *Sinngehalt des Wettbewerbs* her zu beurteilen; aus dem Wesen des Wettbewerbs, der "Natur der Sache", sollen objektive Wertmaßstäbe gewonnen werden, die das ethische Unwerturteil ergänzen bzw. ersetzen sollen ¹³⁶⁾. Knopp hat auf die "eindrucksvolle Kontinuität" der Versuche hingewiesen, die guten Sitten in § 1 UWG funktionsbezogen zu verstehen und ihre Auslegung am sozialen Ordnungsgefüge

134) Knopp (FN 111), 313.

135) Vgl. auch die Kritik bei Freitag (FN 113), 79 ff, 90 ff, 120 ff; Knöpfle (FN 114), 56 ff; v. Nell-Breuning WuW 1952, 371; Dörinkel DB 1967, 1883; Schmidt-George (FN 45), 81 ff; Hammer, Unentgeltliche Vergabe (1970), 77.

136) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 71 ff; Kunze (FN 111), 8; Rinck, Festschrift OLG Celle (1961), 151, 163, 165; Kellermann WuW 1965, 551, 559; Meyer-Cording JZ 1964, 273, 278, 310; Kraft, Interessenabwägung (1963), 206 f.

"wirtschaftlicher Wettbewerb" zu orientieren ¹³⁷⁾; er sieht dementsprechend in den "Formeln vom Leistungsprinzip und vom Leistungswettbewerb sachlich nichts anderes als Generalklauseln, welche die in § 1 UWG gewählte Anknüpfung an die guten Sitten im Sinne einer Anknüpfung an die institutionellen Regeln des Wettbewerbs interpretieren" ¹³⁸⁾. Welche Ordnungskriterien diesem Ordnungsgefüge entnommen werden können, läßt sich jedoch nicht mit dem Anschein objektiver Richtigkeit aus dem Leistungsprinzip als solchem ableiten, sondern hängt eben davon ab, was man unter "Wirtschaft" und "Wettbewerb" *jeweils* versteht ¹³⁹⁾. Dieses Vorverständnis ist bei der Anwendung des § 1 UWG offenzulegen, damit eine rational nachvollziehbare und konsensfähige Entscheidung erzielt werden kann (unten § 12 I).

137) Knopp (FN 111), 312 ff unter Hinw. auf Lobe I, -8 f; Baumbach, Wettbewerbsrecht (1931), 74; Ulmer, Sinnzusammenhänge (1932), 10 ff; Böhm (FN 111), 73 ff, 105, 273.

138) Knopp (FN 111), 316.

139) Vgl. v. Nell-Breuning WuW 1952, 371, 373: Welche Verfahrensweise "allgemein wirtschaftsgemäß, in einer bestimmten Wirtschaftsverfassung systemgerecht" sei, lasse sich erst bestimmen, wenn geklärt sei, was der "Sinn der Wirtschaft" sei.

TEIL II:

DAS UWG - EIN WIRTSCHAFTSPOLITISCH NEUTRALES GESETZ?

§ 6. DAS AXIOM DER WIRTSCHAFTSPOLITISCHEN NEUTRALITÄT: KERNPUNKT DER DISKUSSION

I. PRAKTISCHE BEDEUTUNG DES GRUNDSATZES

Welche Folgerungen sind aus der bisherigen Sichtung des Materials, aus der damit verbundenen Aufhellung versteckter Zusammenhänge und mißverständlicher Begriffe und Redewendungen zu ziehen? Zunächst einmal diese: Die schier erdrückende Fülle der Entscheidungen, die einen offenen oder versteckten Bezug zum Allgemeininteresse aufweisen, läßt einen Streit darüber, ob das öffentliche Interesse bei der Anwendung der wettbewerblichen Gute-Sitten-Klausel zu berücksichtigen ist oder nicht, beinahe als "akademisch" erscheinen. Die Antithesen Individualrecht - Sozialrecht, Mitbewerberschutz-Allgemeinheitsschutz, Rechtsgüterschutz-objektiver Interessenschutz bzw. Institutionenschutz, Individualethik-Sozialethik erscheinen kaum geeignet, den von der Rechtsprechung pragmatisch beschrittenen Weg wesentlich zu beeinflussen. Viel eher erfolgt ein Anpassungsprozeß in umgekehrter Richtung: Dogmatische Erkenntnisse werden korrigiert, verworfen, relativiert: Die Fragen nach dem geschützten Rechtsgut (II 1), nach der Qualifikation des Rechtsschutzsystems (II 2) und dem Rechtscharakter der guten Sitten (II 3) lassen sich erst beantworten, wenn die Rolle der öffentlichen Interessen geklärt ist, nicht umgekehrt. Selbst die Kritiker der Rechtsprechung meinen häufig nur die Begründung, stimmen mit dem Ergebnis einer Entscheidung aber durchaus überein. Man ist etwa der Auffassung, in vielen Fällen das (für richtig gehaltene) Ergebnis auch ohne Bezugnahme auf

das Allgemeininteresse erzielen zu können ¹⁾. Zudem setzen sie sich nicht selten zu ihrem eigenen Verhalten in Widerspruch, wenn sie nämlich ihrerseits öffentliche Interessen zur Urteilsbildung heranziehen, insbesondere wirtschaftspolitisch argumentieren (II 4) ²⁾.

Es wird hier das allgemeine Methodenproblem der wechselseitigen Abhängigkeit von Normauslegung und Regelungsgegenstand angesprochen: Die Regelung einer Materie kann nicht unbeeinflusst bleiben von der Materie selbst. Die Folgen einer Entscheidung wirken auf diese zurück, oder anders ausgedrückt: Die Normbefragung steht unter dem "entscheidungsbezogenen Vorverständnis der Konfliktsituation" ³⁾. Dieser hermeneutische Zirkel gilt im Prinzip für alle Rechtsnormen, erlangt aber seine eigentliche Bedeutung vor allem im Bereich der unbestimmten Rechtsbegriffe und der Generalklauseln ⁴⁾. Diese "normative Kraft des Faktischen" bestimmt offenbar ganz wesentlich die Rolle der öffentlichen Interessen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb; bestimmte "Sachzwänge" engen ganz offensichtlich den Entscheidungsspielraum bei der Rechtsanwendung ein. Die Bedeutung der öffentlichen Interessen erschließt sich daher nicht

1) Vgl. die in § 3, FN 15 ff Genannten.

2) Vgl. auch bereits oben § 5 II 1 b zu FN 73 f.

3) Esser, Vorverständnis (1970), 136. Zur Abhängigkeit des Rechts von der gesellschaftlichen Wirklichkeit vgl. auch Stein NJW 1964, 1745, 1746: "Infolge seiner Positivität und Effektivität beruht das Recht auf einer Macht, die der gesellschaftlichen Wirklichkeit angehört, und kann nur aus der Totalität von Staat und Gesellschaft, von Normordnung und Gesellschaftsordnung verstanden werden." Vgl. auch H.H. Rupp, Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung (1974), 17 ff.

4) Vgl. allgemein zu diesem Problem die in § 1, FN 3 Genannten; vgl. auch den Überblick bei Mennicken, Ziel der Gesetzesauslegung (1970), 92 ff, m. umfangr. Nachw.

deduktiv durch dogmatische Ableitungen, wie Schutzgutelehren oder "Gute-Sitten-Interpretation", sondern allein induktiv durch Aufdeckung des Zusammenhangs von Gesellschaftsordnung, Wettbewerbsordnung und Recht gegen unlauteren Wettbewerb ⁵⁾ anhand des vorhandenen Entscheidungsmaterials. Die so verstandene Frage der wirtschaftspolitischen und gesellschaftspolitischen Neutralität oder Nicht-Neutralität des UWG macht den Kern der gesamten Diskussion um die öffentlichen Interessen im Wettbewerbsrecht aus: Bei wirtschaftspolitischer Öffnung des Unlauterkeitsrechts haben grundsätzlich auch öffentliche Interessen eine normbildende Funktion; mit wirtschaftspolitischer Ausgrenzung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb ist dagegen zumindest eine Zurückdrängung, wenn nicht gar Ausschaltung öffentlicher Interessen verbunden ⁶⁾.

Die soeben aufgestellten Thesen sollen sogleich - unter Zusammenfassung bisheriger Erkenntnisse - näher erläutert werden.

II. UNTERGEORDNETHEIT DER ÜBRIGEN EINWÄNDE

1. Das geschützte Rechtsgut

Die Abhängigkeit der Frage nach dem geschützten Rechtsgut von der Frage einer Beteiligung öffentlicher Interessen bei der Bildung des Unlauterkeitsurteils liegt auf der Hand: Nur wenn man den Zweck des UWG in einem reinen Mitbewerberschutz sieht, kann man § 1 UWG rein individualrechtlich als Verletzung absoluter subjektiver Rechte interpretieren. Die Individualschutzkonzeption steht dagegen auf schwachen Füßen, wenn z.B. bestimmte

5) Zur Problemstellung vgl. § 5 II 2.

6) Raiser GRUR Int. 1973, 443, 445.

- Fälle unlauteren Wettbewerbs - wie Knöpfe nachgewiesen hat - dem Konkurrenten nicht nur nicht schaden, sondern ihnen u.U. sogar nützen ⁷⁾; zudem erfordert § 13 Abs. 1 UWG nicht einmal ein bestimmtes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Prozeßparteien ⁸⁾. Kommt es für ein Verbot bestimmter Wettbewerbshandlungen auf einen faßbaren Eingriff in eine bestimmte individuelle Interessensphäre nicht an, sondern reicht schon die abstrakte Gefährdung von Interessen einer unbestimmten Vielheit aus, ist die Annahme eines objektiven Interessenschutzes unausweichlich, will man nicht den Begriff des absoluten subjektiven Rechts zur "bloßen Denkform denaturieren" ⁹⁾. Der tiefere Grund dafür, daß es auf einen "Eingriff" in eine absolut geschützte, fest umgrenzte Rechtsposition nicht ankommt, kann aber nur darin gesehen werden, daß öffentliche Interessen mitspielen: Die Verpflichtung, eine bestimmte Wettbewerbshandlung zu unterlassen, besteht dann nämlich nicht nur gegenüber einem bestimmten Wettbewerber, sondern gegenüber der unbestimmten Vielheit aller Konkurrenten und der Marktpartner. Die individualrechtliche Konzeption kann in diesen Fällen nicht etwa damit "gerettet" werden, daß auf das in jedem Fall verletzte "außerwirtschaftliche" Interesse der Mitbewerber an der Verfolgung unlauterer Wettbewerbshandlungen hingewiesen wird ¹⁰⁾ oder in Beweisschwierigkeiten eine Erklärung für eine Vorverlegung des Rechtsschutzes gesucht wird ¹¹⁾. Das außerwirtschaftliche Interesse der Mitbewerber, wie etwa das "Berufs-
7) Knöpfe, Rechtsbegriff "Wettbewerb" (1967), 48.
- 8) Dazu im einzelnen oben § 1 II 3 a.
- 9) Vgl. Knopp, Institutionenschutz (1967), 280, 295 ff; Kraft, Interessenabwägung (1963), 198 ff; kritisch zu den subjektiv-rechtlichen Schutzgutlehren (Kummer, Fikentscher) vor allem noch Knöpfe (FN 7), 34 ff; Schrauder, Wettbewerbsverstöße (1970), 119 ff; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 41 ff; jeweils m.w.N.
- 10) So aber Isay, Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts (1933), 54 ff, 62; vgl. dazu oben § 1 II 4 d. Im Anschluß daran sieht Knöpfe (FN 7), 64 f im außerwirtschaftlichen Interesse neben dem Allgemeininteresse eine individualrechtliche Deutung der Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG.
- 11) So aber Schricker, Gesetzesverletzung (1970), 245; Prölss ZHR 132 (1969), 35, 79; vgl. auch Wolf, Klagebefugnis der Verbände (1971), 16, 37 f; kritisch zu letzterem auch Bettermann ZZP 1972, 133, 143; Knipper NJW 1971, 2251, 2253.

ethos der Gewerbetreibenden" ¹²⁾, ist der Sache nach nur eine Umschreibung einer objektiven Verhaltensordnung, die eben gerade (auch) im Allgemeininteresse besteht ¹³⁾. Beweisschwierigkeiten bestünden in der Tat, wollte man ein Verbot von Wettbewerbshandlungen in jedem Fall vom Vorliegen eines "Eingriffs" abhängig machen; der Beweisnotstand ist jedoch seinerseits gerade eine Folge der Beteiligung öffentlicher Interessen bei der Bildung wettbewerbsrechtlicher Verhaltensnormen ¹⁴⁾. Die Vorverlagerung des Rechtsschutzes individueller Rechtspositionen in den Bereich abstrakter Gefährdung von Interessen ist typischer Ausdruck einer institutionellen, die Interessen der Allgemeinheit am einwandfreien Funktionieren des Wettbewerbs einbeziehenden Betrachtungsweise ¹⁵⁾.

2. Privates Klagesystem

Der von einigen ¹⁶⁾ gegen eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen erhobene Einwand, der wettbewerbsliche Rechtsschutz sei privatrechtlich strukturiert, ist ebenfalls nicht stichhaltig. Es wird - offenbar im Banne überkommenen subjektiv-rechtlichen Aktionendenkens - übersehen, daß sich das Zivilrecht in den vergangenen Jahrzehnten mehr und mehr gemeinschaftsorientiertem Denken geöffnet hat ¹⁷⁾ und folglich der Schutz öffentlicher Interessen durch Gewährung entsprechender Ansprüche an Private verwirklicht werden kann. Wenn eingewandt wird, das UWG hätte dann folgerichtig nicht eine

12) Isay (FN 10), a.a.O.

13) Das übersieht Knöpfle (FN 7), 64 f; wie hier Knopp (FN 9), 274.

14) Das übersehen Schricker (FN 11), a.a.O.; Prölss ZHR 132 (1969), 35, 79. und Wolf (FN 11), a.a.O.

15) Dazu ausführlich Knopp (FN 9), 280 ff, 294 ff; vgl. auch Raiser, *summum ius* (1963), 145, 156 f.

16) Siehe die Angaben in § 3 zu FN 12.

17) Dazu Knopp (FN 9), 281.

Beschränkung der Verbandsklage nach § 13 Abs. 1 UWG auf die Wahrnehmung *gewerblicher* Interessen enthalten dürfen, sondern eine Popularklage vorsehen müssen, ist dem zu entgegen, daß die Ausgestaltung des Rechtsschutzes in Fällen einer Beteiligung öffentlicher Interessen keineswegs zwingend vorgegeben ist. Ebenso wie der einzelne branchenangehörige Gewerbetreibende, der nach § 13 Abs. 1 UWG klagebefugt ist, kann auch ein gewerblicher Verband im Einzelfall als Sachwalter der Allgemeinheit fungieren. Entsprechendes gilt natürlich erst recht für die Verbraucherverbandsklage nach § 13 Abs. 1 a UWG. Die Eingrenzung des Kreises derjenigen, die klageberechtigt sind, beschränkt also nicht die von den Klageberechtigten wahrzunehmenden Interessen selbst ¹⁸⁾.

3. Rechtscharakter der "guten Sitten"

Auch die Antwort auf die Frage nach dem Rechtscharakter der wettbewerblichen guten Sitten kann keine verbindliche Auskunft über das "Ob" und "Wie" einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen bei der Normbildung geben, da sie ihrerseits von dem "Vorurteil" über Art und Umfang der beteiligten Interessen abhängt. Wer für eine Beteiligung des Allgemeininteresses eintritt, wird statt einer individualethischen eine mehr sozialetische Ausrichtung des Sittenbegriffs vertreten oder überhaupt für eine "freie" Interessenabwägung plädieren ¹⁹⁾. Da in unserer pluralistischen Gesellschaft - wie wir gesehen haben - kaum Sozialnormen existieren, aus denen sich die Mißbilligung eines bestimmten Wettbewerbsverhaltens einwandfrei ableiten ließe ²⁰⁾, kommen die beiden

18) Vgl. auch Knopp (FN 9), 284 f.

19) So die ausführliche Wiedergabe der Meinungen oben § 3 II 2 b, m. Nachw.

20) Siehe oben § 4 III 2.

zuletzt genannten Auffassungen praktisch zum gleichen Ergebnis: Zu einer "Objektivierung", einer Verrechtlichung des Unlauterkeitsurteils; das "Anstandsgefühl" des Durchschnittsgewerbetreibenden bzw. der Allgemeinheit ist keine Normenquelle mehr, sondern eine Leerformel²¹⁾, die ihren jeweiligen Inhalt aus einer an "objektiven" Maßstäben (Rechtswerten, "Wesen des Wettbewerbs") ausgerichteten Beurteilung des Wettbewerbsverhaltens erhält: Das Ergebnis der Interessenabwägung wird zum Inhalt der guten Sitten erklärt²²⁾.

Entsprechend setzt sich immer mehr die Auffassung durch, daß Wettbewerbshandlungen, die "objektiv" gegen die guten Sitten verstoßen, ohne Rücksicht auf die Vorstellungen des Handelnden zu verhindern sind²³⁾. Zwar fordert die Rechtsprechung für den Unterlassungsanspruch noch Kenntnis aller Tatumstände, die "bei objektiver Würdigung" die Sittenwidrigkeit der Handlung begründen, und für den Schadensersatzanspruch noch Verschulden, d.h. das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit²⁴⁾; praktisch wird es an diesen subjektiven Elementen aber selten fehlen, da die Kenntnis der objektiven Merkmale der Sittenwidrigkeit regelmäßig spätestens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegt und das für den Ersatzanspruch erforderliche Bewußtsein der Sittenwidrigkeit im allgemeinen durch die Kenntnis der objektiven Tatumstände

21) Ebenso Meyer-Cording JZ 1964, 273, 274 f; Knopp (FN 9), 288.

22) Vgl. die oben § 3 in FN 108-111 Genannten.

23) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 101; Kraft (FN 9), 146 f; Mayer-Maly, Bewußtsein der Sittenwidrigkeit (1971), 43 ff; Katzenberger, Recht am Unternehmen (1967), 129 ff; Gierke-Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. (1975), 302 f.

24) Vgl. den Überblick bei Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 99 ff, 114 f.

indiziert ist ²⁵⁾. Objektivierungstendenzen bestehen im übrigen - wie wir gesehen haben ²⁶⁾ - auch bei den Gegnern einer Beteiligung öffentlicher Interessen. Diese frappierende Übereinstimmung in der Sache trotz völlig verschiedener dogmatischer Ausgangspositionen und formaler Differenzen hinsichtlich der Rolle der Allgemeininteressen zeigt ganz deutlich, daß sich die rechtliche Regelung des unlauteren Wettbewerbs dem Sachzwang einer Beteiligung öffentlicher Interessen nicht verschließen kann.

4. Keine Notwendigkeit der Einbeziehung öffentlicher Interessen?

Von den Gegnern einer Beteiligung öffentlicher Interessen am Normbildungsprozeß wird nun umgekehrt in einer Objektivierung des Unlauterkeitsurteils gerade eine Möglichkeit gesehen, auch ohne Einbeziehung öffentlicher Interessen zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen ²⁷⁾. Geht man diesen sog. objektiven, wettbewerbsrechtlichen Kriterien jedoch auf den Grund, zeigt sich, daß sich dahinter in Wahrheit Vor-Wertungen verbergen, die weder als "objektiv" noch als "individualrechtlich" eingestuft werden können. Der Anspruch objektiver Richtigkeit, mit dem die Unlauterkeitsurteile versehen werden, führt also dazu, daß das öffentliche Interesse zwar aus dem offenen Entscheidungsprozeß hinausverlagert wird, kann aber dennoch nicht verhindern, daß dieselben Interessen - nunmehr unreflektiert und unkontrolliert - auf die Entscheidung Einfluß nehmen.

25) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 101 a.E., 115; Schrauder, Wettbewerbsverstöße (1970), 263 f; Knopp, Institutionenschutz (1967), 290 f.

26) S. oben § 3 I 2 unter (4).

27) Vgl. die oben in § 3, FN 15 ff Genannten.

Besonders augenfällig ist dieser Vorgang bei Burmann ²⁸⁾, der wettbewerbliche Sittenwidrigkeit mit Funktionswidrigkeit gleichsetzt: "Nicht wer irgendwelche aufgestellte Spielregeln über Wettbewerb verletzt, handelt sittenwidrig, wettbewerbswidrig, sondern wer die Funktionen des Wettbewerbs stört, d.h. wer bei seinen Wettbewerbsmaßnahmen über die mit dem Wettbewerb naturgemäß verbundene Beeinträchtigung hinausgehend die Funktion stört. Die Funktion des Wettbewerbs besteht in der geradezu gesetzmäßig zu verstehenden abhängigen Beziehung der frei gestalteten und frei zu haltenden Angebote der Wettbewerber und der freien Wahlmöglichkeit und Kaufentscheidung des Konsumenten ... Hier macht sich die Eigengesetzlichkeit des Wettbewerbs bemerkbar" ²⁹⁾. Die angebliche Objektivität der Maßstäbe wird ganz besonders auch hinsichtlich der Werbung betont: "Die Funktionen der Werbung sind vom Wesen der Werbung her, vom der Natur der Sache her, vorprogrammiert und daher als Gesetzmäßigkeiten unabänderlich" ³⁰⁾. Die Funktionen der Werbung seien vom "Wesen des Menschen" her zu begreifen ³¹⁾. Die ethische Maxime werde auf diese Weise objektiviert; die Interessenabwägung sei sekundär. "Nur in Konfliktslagen, in Grenzfällen, in denen die Kenntnis des Funktionszusammenhanges nicht vorliegt, kommt die ethische Maxime als freier ungebundener Wertungsfaktor zum Tragen ... Hier erst macht sich der der Güter- und Interessenabwägung zugrunde liegende Gedanke bemerkbar, daß in Grenzsituationen in richterlicher Verantwortung die sich gegenüberstehenden Interessen billig und gerecht abgewogen werden müssen" ³²⁾.

28) Vgl. die Angaben in § 3, FN 16.

29) Burmann WRP 1967, 240, 247.

30) Burmann WRP 1974, 596, 601.

31) Burmann. a.a.O. 598.

32) Burmann WRP 1967, 240, 247.

Durch die Ausrichtung an den konkreten Funktionen des Wettbewerbs finde eine "Versachlichung" des Unlauterkeitsurteils statt. Das Interesse der Allgemeinheit gebe demgegenüber keine "in sich echte wettbewerbsrechtliche Begründung" ab: "Allgemeininteressen mögen im wirtschaftspolitischen, vielleicht auch im national-ökonomischen Bereich, ihren berechtigten Standort haben, nicht aber als Wettbewerbsmaßstab im wettbewerbsrechtlichen Raum". Das Allgemeininteresse sei auch entbehrlich, "da mit der Unterbindung funktionswidrigen Wettbewerbs die Notwendigkeit eines Allgemeinheits-schutzes entfallen muß, ein auf Funktionswidrigkeit abstellendes Unwerturteil schaltet eo ipso eine etwa in Erscheinung tretende Allgemeinschädlichkeit aus" ³³⁾. In die Kategorie der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen gehöre auch das Leistungsprinzip, das darum keinen wettbewerbsrechtlichen Aspekt darstelle ³⁴⁾.

Verdienstvoll an der Auffassung Burmanns ist die Hervorhebung des konkreten Wettbewerbsverhältnisses und die Herausarbeitung von Strukturtypen, die gewisse Bewertungskriterien *im Rahmen einer Interessenabwägung* abgeben können. Burmann überschätzt aber maßlos die Bedeutung einer funktionsorientierten Auslegung, wenn er in den Funktionen objektive Gesetzmäßigkeiten sieht, aus denen im konkreten Fall nur noch "abgelesen" zu werden braucht, ob ein Verhalten als lauter oder unlauter zu beurteilen ist. Wann ist z.B. die Freiheit der Angebote, der Wahlmöglichkeiten oder Kaufentscheidungen beeinträchtigt? Welche Funktionsstörungen gehen über die "wesensgemäßen Beeinträchtigungen" des Wettbewerbs hinaus? Wann liegt eine "in sich echte" wettbewerbsrechtliche Begründung vor? Die "Natur der Sache" vermag zwar gewisse

33) Burmann a.a.O. 247.

34) Burmann a.a.O. 246.

Strukturen von rechtlicher Relevanz zu liefern; für die rechtliche Bewertung einer Wettbewerbshandlung kann sie jedoch nur in Verbindung mit Vor-Wertungen von Bedeutung sein ³⁵⁾. Diese sind die eigentlichen Entscheidungsträger. Besonders deutlich wird das, wenn Burmann allen Ernstes aus dem "Wesen des Menschen" konkretisierungsfähige Maßstäbe gewinnen will: In die "Funktion" wird zuerst hineingelesen, was nachher herausgelesen werden soll. Die von Burmann angebotene Systematik bietet denn auch kaum Entscheidungshilfen, die *praktisch* über die klassischen Einteilungsschemata hinausgehen. So führt es nicht weiter, wenn Burmann aus dem "Wesen und Sinn" der Wirtschaftswerbung entnimmt, daß sie einen "sachbezogenen Kern" haben muß ³⁶⁾; die weiteren Ableitungen aus diesem Grundsatz sind mehr oder weniger willkürlich, keinesfalls zwingend im Sinne einer objektiven Gesetzmäßigkeit. Wenn Burmann es z.B. als funktionswidrig ansieht, wenn "statt der Werbung mit der Ware und dem Preis diesen Faktoren fremde Motive eingesetzt werden" ³⁷⁾, greift er der Sache nach damit doch auf das von ihm verpönte Leistungsprinzip zurück. Dieses wiederum hat wirtschaftspolitische Grundlagen, wie wir oben (§ 5 II 4) gesehen haben, setzt ganz bestimmte, keineswegs funktionsimmanente Wertungen voraus. Ebenso verhält es sich mit dem Grundsatz der Wahl- und Entscheidungsfreiheit der Werbeadressaten, den Burmann aus der "freien Marktwirtschaft" ableitet ³⁸⁾. Wann eine

35) Zur "Natur der Sache" vgl. nur Rieger, Güterabwägung (1967), 48 ff; Schricker (FN 11), 233 ff; Krasser, Schutz vertraglicher Rechte (1971), 283 ff; Henkel, Rechtsphilosophie (1964), 223, 288 ff; jeweils m.w.N.

36) Burmann WRP 1974, 596, 600.

37) Burmann a.a.O.

38) Burmann a.a.O.

"maßgebliche" Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit vorliegt, kann nicht ohne Rücksicht auf den Sinn des Wettbewerbs, insbesondere darauf, in welchem Verhältnis man die gesellschaftlichen und ökonomischen Funktionen des Wettbewerbs zueinander sieht, entschieden werden. Einer faktischen Beteiligung öffentlicher Interessen an der Urteilsfindung kann durch funktionsorientierte Auslegung der guten Sitten also nicht ausgewichen werden. Das gilt erst recht in den von Burmann selbst anerkannten "Grenzfällen", in denen sich aus dem "Wesen des Wettbewerbs" keine geeigneten Maßstäbe gewinnen lassen. Im übrigen stellt sich auch hier die - von Burmann nicht beantwortete - Frage: Wo ist die Grenze? Die neue Lehre Burmanns verführt dazu, unter dem allzu bequemen Deckmantel objektiver Gesetzmäßigkeiten subjektive, insbesondere wirtschaftspolitische Wertungen *unbewußt* zu vollziehen. Die tragenden Gesichtspunkte werden unter einem Wortschwall aus neuen, wohlklingenden, aber über bisherige Erkenntnisse nicht hinausreichenden Begriffen begraben.

Auch alle übrigen Objektivierungsversuche laufen auf eine Ausrichtung der guten Sitten am Wesen des Wettbewerbs hinaus, schließen folglich eine *faktische* Beteiligung öffentlicher Interessen nicht aus. So wird von den unterschiedlichsten dogmatischen Positionen her auf den Grundsatz des Leistungswettbewerbs Bezug genommen. Das Leistungsprinzip soll materiale Kriterien für die "Generalkonvention des Leistungswettbewerbs" abgeben ³⁹⁾; es soll die Grenze, die die "Rechte anderer" wettbewerblichem Handeln setzen, ohne die "Heranziehung inhaltsleerer Formeln, ja auch ohne Interessenabwägung, in jedem Einzelfall konkret feststellen" ⁴⁰⁾. Auch

39) v. Godin, Wettbewerbsrecht (1974), § 1 UWG, Anm. 67 f; ders. GRUR 1966, 127, 131.

40) Nordemann GRUR 1975, 625, 631.

Meyer-Cording gelangt, ausgehend von der "traditionellen Sittlichkeit", über die Kette: Natur der Sache - Wirtschaftsordnung - soziale Marktwirtschaft zum Leistungsprinzip ⁴¹⁾. Den Leistungswettbewerb als Abgrenzungskriterium meint wohl auch Schwartz, wenn er auf den Gesichtspunkt unzulässiger Behinderung hinweist ⁴²⁾, und Vogt vertritt der Sache nach mit seinem Hinweis auf die "passenden Formen des Wettbewerbs", auf die "nützlichen Bräuche im Rahmen des Marktgeschehens" wohl weniger eine utilitaristische, denn eine funktionale Auslegung der guten Sitten ⁴³⁾.

Auf eine spezielle Fallgruppe zugeschnitten sind die Vorschläge, die Schricker zu einer Objektivierung des Unlauterkeitsurteils macht. Er wendet sich dagegen ⁴⁴⁾, daß eine Übertretung außerwettbewerblicher Normen nach der Rechtsprechung und Lehre per se einen Verstoß gegen § 1 UWG darstellen soll, wenn die übertretenen Normen gemeinschaftswichtige Ziele verfolgen ⁴⁵⁾. Es bestehe die Gefahr, daß der "Bezug zur Wettbewerbssphäre", die Funktion des UWG, außer acht gelassen werde; im Wettbewerbsrecht stehe der Schutz der Konkurrenten im Vordergrund. Hilfsmittel einer *wettbewerbsbezogenen* Auslegung des § 1 UWG seien in dieser Fallgruppe die von der deliktsrechtlichen Doktrin zu § 823 Abs. 2 BGB her bekannte Normzwecktheorie und die Vorsprungsargumentation. So sei ein Verstoß gegen eine außerwettbewerbsrechtliche Norm per se unlauter, wenn diese einen bestimmten Berufsstand vor unlauterem Wettbewerb schützen wolle; denn die Schutzzwecke der verletzten Norm und des UWG stimmten in diesem Fall überein. Ein Drogist,

41) Meyer-Cording JZ 1964, 273, 278, 310.

42) Schwartz GRUR 1967, 333, 341 f.

43) Vogt NJW 1976, 729, 733.

44) Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970), 243 ff, 253 ff.

45) Vgl. den Überblick oben § 2 IV 8 und 9 b.

der sich über einen Apothekenvorbehalt hinwegsetze, handele z.B. nicht deshalb unlauter, weil der Apothekenzwang gesundheitspolitische Ziele verfolge, sondern weil er den Apothekerstand im Wettbewerb schützen wolle⁴⁶⁾. Auch bei unterschiedlichen Schutzzwecken führe die Übertretung einer Norm dann zur Unlauterkeit, wenn sich der betreffende Wettbewerber dadurch einen Wettbewerbsvorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern verschaffe⁴⁷⁾.

Schricker mag recht haben, wenn er die "Willkürlichkeit der Ergebnisse"⁴⁸⁾, die "starre Schematisierung"⁴⁹⁾ der Rechtsprechungspraxis beklagt. Indessen bieten auch die von ihm vorgeschlagenen Entscheidungshilfen nur eine Scheinlösung. Die Schutzzwecktheorie führt in die Irre. Die Gewerbetreibenden werden doch ganz offensichtlich nicht um ihrer selbst willen geschützt; der Schutz von Apothekern, Rechtsanwälten, Taxifahrern erfolgt vielmehr wegen der diesen Berufsständen unterstellten gemeinschaftswichtigen Funktion. "Grundlose" Privilegien bestimmter Berufsstände wären überdies mit unserer freiheitlichen Wettbewerbsordnung nicht zu vereinbaren; davon wird später noch die Rede sein (§ 12 II 3 c). Das Streben nach Erlangung eines Wettbewerbsvorsprungs schließlich ist unserer freien Wettbewerbsordnung immanent; gerade die Aussicht, die anderen Mitbewerber überflügeln zu können, bildet eine der wesentlichen Antriebskräfte der Marktwirtschaft, die Leistungssteigerung und wirtschaftlichen Fortschritt gewährleistet. Ein Urteil darüber, wann ein *ungerechtfertigter* Vorsprung vorliegt, setzt also eine ganz bestimmte (wirtschaftspolitische) Vorstellung von einer für alle Wettbewerber

46) Schricker (FN 41), 258.

47) a.a.O. 260 ff.

48) a.a.O. 240.

49) a.a.O. 242.

geltenden Verhaltensordnung voraus. Das verkennt letztlich auch Schricker nicht, wenn er diese "par condicio concurrentium" aus der "Natur der Sache" ableitet und solche Gesetzesverletzungen als unlauter ansieht, die den Wettbewerb verfälschen, seine Auslesefunktion stören⁵⁰⁾. Nur geht es dabei nicht um reinen Individualschutz, sondern - wie schon mehrfach ausgeführt - um die Aufrechterhaltung einer objektiven, im öffentlichen Interesse bestehenden Verhaltensordnung.

Das von einigen als Entscheidungshilfe empfohlene "verständige Anstandsgefühl des Gewerbetreibenden"⁵¹⁾ oder auch der "kaufmännische Standesbrauch"⁵²⁾ bieten ebenfalls keinen objektiven Maßstab: Abgesehen davon, daß auch innerhalb einer Gruppe übereinstimmende Auffassungen zu konkreten Einzelfragen nur noch selten anzutreffen sind⁵³⁾, ist es allgemein anerkannt, daß "Unsitten" existieren können, die unbeachtlich sind⁵⁴⁾; bei divergierenden Auffassungen stellt sich das Vorrangproblem⁵⁵⁾. In allen diesen Fällen entscheidet dann letztlich eine Abwägung aller beteiligten Interessen⁵⁶⁾, zu denen auch öffentliche gehören können.

Eine stärkere Betonung des Abnehmerschutzes⁵⁷⁾ endlich löst das Problem der öffentlichen Interessen ebenfalls nicht. Es ist bereits gezeigt worden, daß unter der Flagge "Verbraucherschutz" die unterschiedlichsten öffentlichen Interessen, auch wirtschaftspolitischer Natur, segeln⁵⁸⁾. Eine Ersetzung des Allgemeinheits-

50) a.a.O. 262 ff, 265.

51) Schwartz GRUR 1967, 333, 342; Samwer GRUR 1969, 326, 329.

52) Rinck, Festschrift OLG Celle (1961), 151, 170 f.

53) Siehe oben § 4 III 2 m. Nachw.

54) Siehe die Angaben in § 3 FN 91.

55) Vgl. die Darstellung der Meinungen oben § 3 II 2 b.

56) Vgl. dazu nur v. Köller, Meinungsfreiheit (1971), 71 ff m.w.N.

57) Vgl. Schwartz GRUR 1967, 333, 341 f.

58) Siehe oben § 5 I, bes. unter 3.

schutzes durch Verbraucherschutz würde faktisch an der Beteiligung öffentlicher Interessen nichts verändern, sondern lediglich eine weitere Auswucherung des Verbraucherschutzes zur Folge haben, so wie sie von einigen unter dem Stichwort "Kontrolle wirtschaftlicher Macht" betrieben und oben (§ 5 I 2 c) kritisiert worden ist.

Das Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung ist klar: Aus einer Objektivierung im Sinne einer Verrechtlichung, Versachlichung des Unlauterkeitsmaßstabs läßt sich nichts herleiten gegen eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen. Im Gegenteil: Die Objektivierungsbestrebungen machen das Allgemeininteresse nicht überflüssig, sondern sind gerade Ausdruck der Emanzipation des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb von einer reinen Individualschutzkonzeption hin zu einer mehr gemeinschaftsgebundenen, öffentliche Interessen einschließenden Betrachtungsweise.

III. INTERDEPENDENZ VON WIRTSCHAFTSORDNUNG UND RECHT GEGEN UNLAUTEREN WETTBEWERB

Abschließend bleibt festzustellen, daß sich die öffentlichen Interessen, sofern dies vom Regelungsgegenstand "Wettbewerb" gefordert wird, im Recht gegen unlauteren Wettbewerb unabhängig von dogmatischen Lehren und Objektivierungsbestrebungen stets durchzusetzen vermögen. Über Art und Maß der beteiligten Interessen entscheidet letztlich und allein das Verhältnis von Wirtschaftsordnung, Wettbewerbsordnung und Recht gegen unlauteren Wettbewerb. Im folgenden gilt es die These zu belegen, daß für das UWG keineswegs wirtschaftspolitische Abstinenz kennzeichnend ist, sondern daß eine Interdependenz von Wirtschaftsordnung und Recht gegen unlauteren Wettbewerb besteht und immer bestanden hat.

Zu diesem Zweck soll zunächst der Entstehungsprozeß des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb nachvollzogen (§ 7) und die praktische Ausformung dieses Rechtsgebiets in den unterschiedlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen einer kritischen Analyse unterzogen werden (§§ 8 - 11). Durch diese Rechtstatsachenforschung wird die historische Bedingtheit des Unlauterkeitsrechts, der sozio-ökonomische Bezug der wettbewerblichen guten Sitten besonders deutlich werden; die prinzipielle Öffnung der Generalklausel des § 1 UWG für überindividuelle-gesellschaftliche und ökonomische-Wertungen kann nicht länger zweifelhaft sein.

In der Entwicklung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb von den Anfängen bis zur Gegenwart lassen sich, unser Problem betreffend, vier Phasen unterscheiden:

- Eine individualrechtliche Anfangsphase, die etwa bis in die Mitte der zwanziger Jahre reicht: Die Frage nach einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen stellt sich nicht (dazu oben § 1 II 1 u. unten §§ 7, 8),
- bis Anfang der dreißiger Jahre eine Phase, in der sich eine Umorientierung der Rechtsprechung durch vorsichtige Betonung auch individueller Belange andeutet und in der von Außenseitern des Schrifttums eine Berücksichtigung des Allgemeininteresses gefordert wird: Das Problem wird entdeckt (dazu oben § 1 II 2, 3, 4 a, b u. unten § 9),
- bis zum Kriegsende 1945 eine Phase dogmatisch ungefestigter Gemeinwohlsjudikatur mit - dem Zeitgeist entsprechend - Betonung des Vorrangs des Allgemeininteresses: "Gemeinnutz geht vor Eigennutz" (dazu § 10),

die bis heute reichende Phase dogmatischer Konsolidierung dieser Entwicklung: Der BGH hat unter überwiegender Zustimmung der Lehre einerseits zwar einige überspitzte Positionen des Reichsgerichts zurückgenommen und die Gleichwertigkeit privater und öffentlicher Interessen hervorgehoben (s. oben § 4 V 3); andererseits hat er aber trotz in letzter Zeit wiederholt laut gewordener Kritik aus den Reihen des Schrifttums das Allgemeininteresse in immer zahlreicheren Fallgruppen, besonders auch bei neuartigen Werbemethoden, in den Vordergrund gerückt. Eine zusammenfassende Analyse des bereits aufbereiteten Materials (§ 2) erfolgt in § 11 unter II 2 c).

§ 7 DAS RECHT GEGEN UNLAUTEREN WETTBEWERB - EIN KIND SEINER ZEIT

Die Untersuchung der Anfangsgründe des UWG darf sich nicht auf eine Darlegung der individualrechtlichen Konzeptionen von Gesetzgeber (I), Rechtsprechung (IV) und Lehre (V) beschränken. Vielmehr ist die Entstehung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb vor dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Hintergrund jener Zeit aufzuzeigen (II, III), um so deutlich zu machen, daß "individualrechtliche Konzeption" nicht gleichzusetzen ist mit gesamtwirtschaftlicher und gesellschaftlicher Beziehungslosigkeit, daß vielmehr die wettbewerbliche Generalklausel eine bestimmte wirtschaftspolitische Funktion zu erfüllen hatte (VI). Entsprechend wird im folgenden § 8 der Nachweis zu erbringen sein, daß mit einer individualrechtlichen Interpretation der wettbewerblichen guten Sitten keineswegs auch wirtschaftspolitische Enthaltsamkeit der Rechtsanwender verbunden war.

I. INDIVIDUALRECHTLICHE KONZEPTION DES GESETZGEBERS

Das früher herrschende rein individualrechtliche Verständnis des UWG (dazu oben § 1 II 1) deckt sich mit dem Willen des Gesetzgebers. Bereits bei der Beratung und Beschlußfassung über das Wettbewerbsgesetz von 1896 stand der Schutz der Gewerbetreibenden ganz im Vordergrund; Allgemeinheits- und Verbraucherschutz wurden lediglich als mittelbare Folge einer Wiederherstellung der Geschäftsmoral versprochen. So sieht die amtliche Begründung in dem "Kampf ums Dasein, der unter den heutigen Verhältnissen besonders für die mittleren Schichten der Erwerbsstände schon schwer genug ist", eine "Gefahr für die Wohlfahrt weiter,

achtungswerter Kreise unseres Volkes und damit für die Gesundheit des Staatswesens selber" ¹⁾. Die Gemeinschädlichkeit wird also aus der Schädigung der Gewerbetreibenden abgeleitet. Noch deutlicher wird die individualrechtliche Schutzrichtung an anderer Stelle, wo klargestellt wird, daß die Verbraucher nicht zu dem unmittelbar geschützten Personenkreis gehören:

"Nur insoweit, als gewisse Mittel, welche moralisch verwerflich, wenngleich vom Gesetze bisher nicht verboten sind, zu dem Zwecke angewendet werden, um unberechtigte Vorteile gegenüber den Konkurrenten zu gewinnen, ist Abhilfe nötig und erreichbar. Der Schutz des konsumierenden Publikums gegen Übervorteilungen ist nicht der unmittelbare Zweck eines gegen den unlauteren Wettbewerb gerichteten Gesetzes, wenngleich Maßregeln, die in den gegenseitigen Beziehungen der Gewerbetreibenden Treu und Glauben zu befestigen bestimmt sind, mittelbar auch dem Interesse ihrer Abnehmer entgegenkommen werden" ²⁾.

Entsprechend wurde in der abschließenden Reichstagslesung argumentiert. Man war sich einig, daß das Wettbewerbsgesetz eine "Förderung des berechtigten Interesses unserer Erwerbsstände" ³⁾ sowie eine "Hebung des Kaufmannsstandes" ⁴⁾ zum Ziel haben sollte. Auch

-
- 1) Begründung zum III. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 3.12.1895, bei Lobe III, 46 ff, 48; damit wörtlich übereinstimmend bereits die Denkschrift zum I. Regierungsentwurf vom 7.1.1895, bei Lobe III, 12 ff, 14.
 - 2) Begründung (FN 1), 51 f und Denkschrift (FN 1), 17.
 - 3) Abg. Boetticher, bei Lobe III, 84, 80 und Abg. Frh. v. Langen, bei Lobe III, 138.
 - 4) Abg. Bassermann, bei Lobe III, 85.

auf sozialdemokratischer Seite zweifelte man diese Stoßrichtung des Gesetzes nicht an, sondern war allenfalls von dessen "Erfolglosigkeit" überzeugt ⁵⁾; einem Vertreter des Mittelstandes blieb es vorbehalten, zugunsten des "hauptsächlich und direkt geschädigten Publikums", das durch das Wettbewerbsgesetz nicht geschützt werde, ein Einschreiten der Verwaltungsbehörden zu fordern ⁶⁾. Am klarsten wurde der Schutzzweck noch einmal von dem Abg. Roeren formuliert, der feststellte,

"daß dieses Gesetz nicht direkt den Schutz des Publikums bezweckt, dem immerhin die Möglichkeit gegeben ist, durch Verzicht und Aufmerksamkeit sich vor Schaden zu hüten, sondern vor allem den Schutz des redlichen Konkurrenten, der dem Treiben machtlos gegenübersteht ..." ⁷⁾

Diese Zielsetzung wurde für das UWG von 1909 ausdrücklich beibehalten. So hob der Abg. Bitter in der abschließenden Reichstagsdebatte nochmals hervor, "daß das UWG nicht sowohl den Schutz des großen Publikums bezweckt, als vielmehr den Schutz der redlichen Erwerbsgenossen"; "namentlich auch dem schwerbedrückten Mittelstand" solle Schutz gewährt werden "gegenüber der kapitalkräftigen und skrupellosen Konkurrenz" ⁸⁾. Entsprechend dachte man bei der Schaffung der Generalklausel des § 1 ausschließlich an Fallgestaltungen, die typischerweise vorwiegend die Interessen der Gewerbetreibenden berühren. Es sollten insbesondere "die Fälle des Weglockens der Kunden, die Verleitung zum Vertragsbruch, das sog. Schleudern und die Heranziehung von Kunden durch Lockartikel wirksam getroffen" werden ⁹⁾.

5) Abg. Singer, bei Lobe III, 110 f.

6) Abg. Vielhaben, bei Lobe III, 148 f.

7) Abg. Roeren, bei Lobe III, 100 f.

8) Verhandlungen des Reichstags, 12. LP, I. Session, Bd. 236, S. 8497.

9) Abg. Bitter (FN 8), 8498.

Nach allem ist die These Pastors "es sei von Anfang an Aufgabe der Wettbewerbsgesetze von 1896 und 1909 gewesen, auch die Verbraucher unmittelbar zu schützen ¹⁰⁾, unhaltbar ¹¹⁾. Auch die Verstärkung des wettbewerbsrechtlichen Schutzes durch Straftatbestände wurde entgegen Pastor nicht im Sinne eines unmittelbaren Allgemeinheits- oder Verbraucherschutzes aufgefaßt. Vielmehr sollte der Staat dem Individuum lediglich helfend zur Seite treten ¹²⁾.

II. DAS STAATS- UND GESELLSCHAFTSBILD JENER EPOCHE

1. Das Sozialmodell der bürgerlichen Gesellschaft

Das individualrechtliche Verständnis des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb erklärt sich aus der individualistischen Grundhaltung, die noch um die Jahrhundertwende vorherrschte. Das Staats- und Gesellschaftsbild jener Epoche wurde durch den politischen und ökonomischen Liberalismus ¹³⁾ bestimmt. Kennzeichnend dafür war die Auffassung, wirtschaftlicher Wohlstand und gesellschaftlicher Fortschritt würden am besten dadurch erreicht,

10) Pastor GRUR 1969, 571, 574.

11) Daß das UWG als reiner Mitbewerberschutz konzipiert war, wird heute allgemein angenommen, vgl. nur Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 37; Ulmer-Reimer III, Nr. 29; v. Godin, Wettbewerbsrecht (1974), § 1 UWG, Anm. 14.

12) Begründung (FN 1), 48; so auch Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 2. Aufl. (1932), 44.

13) Zum Gedankengut des klassischen Liberalismus vgl. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933), II. Kap., bes. 17 ff, 20 ff, ferner 100 ff, 152 ff; Raiser JZ 1958, 1, 2; Simitis, Gute Sitten (1960), 52; Joerges RabelsZ 1972, 421, 432 f, 435 f; Habermas, Strukturwandel (1962), 86 ff, 91 ff.

daß alles dem freien Spiel der am Wirtschaftsgeschehen Beteiligten überlassen bliebe; die Natur habe es "mit ihrer List" so eingerichtet, daß der individuelle Vorteil des einzelnen mit dem Vorteil der Gesamtheit harmoniere (Grundsatz der praestablierten Harmonie)¹⁴⁾. Dieses "laissez - faire - Denken" beruht auf dem Sozialmodell der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts, dem Ideal einer Gesellschaft freier und gleichberechtigter Individuen, die für sich selbst zu sorgen haben und das auch können¹⁵⁾. Dieses Menschenbild des liberalen, gebildeten Besitzbürgertums galt als schlechthin repräsentativ für die Gesellschaft jener Zeit und beherrschte auch die überwiegend dem Bürgertum entstammende Richterschaft¹⁶⁾. In einer Entscheidung des Reichsgerichts zum Urheberrecht wird das besonders deutlich; nachdem das Gericht hervorgehoben hat, "daß es im Wesen des Menscheingeistes liegt, zur höheren Vollkommenheit fortzuschreiten", fährt es fort: "Die höhere Energie des Wettkampfes befähigter Menschen führt von selbst im großen und ganzen zur höheren Vollkommenheit der Leistungen und zu schnellerer Erzielung dieser Vollkommenheit"¹⁷⁾.

2. Trennung von Staat und Gesellschaft

Eine Hauptforderung des klassischen Liberalismus war folglich die Privatautonomie als Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit, Gewerbefreiheit. Im Blickfeld stand damals allein die Beschränkung dieser Freiheiten durch öffent-

14) Vgl. Böhm (FN 13), 155 f; Adam Smith, Theorie der ethischen Gefühle II, zitiert bei Joerges RabelsZ 1972, 421, 432 f.

15) Vgl. dazu Wieacker, Privatrechtsgeschichte (1967), 462 f; 479 ff, 543; ders. Sozialmodell (1953), 10 ff, 17; Mertens AcP 174 (1974), 333, 375.

16) Vgl. Mertens AcP 174 (1974), 333, 379; Wieacker, Sozialmodell (1953), 10 ff.

17) RGZ 14, 46, 60.

lich-rechtliche Gewerbebeschränkungen. Aber auch nachdem die Ausschlußrechte der Zünfte und andere Privilegien abgeschafft worden waren und im Jahre 1869 mit dem § 1 der Reichsgewerbeordnung der Grundsatz der Gewerbefreiheit verkündet worden war ¹⁸⁾, sah man die Freiheitsrechte - wohl ganz im Banne der geschichtlichen Entwicklung - ¹⁹⁾ allein als Ausgrenzungsrechte gegen den Staat. Sie gaben dem Individuum das Recht, die sich im Wettbewerb mit anderen ergebenden wirtschaftlichen Möglichkeiten nach Kräften zu nutzen, und verboten dem Staat, sich in dieses "natürliche" Spiel einzumischen. Seine Aufgabe blieb darauf beschränkt, die von den Individuen in Ausübung ihrer Freiheitsrechte vorgenommenen Handlungen und getätigten Geschäfte vorbehaltlos, d.h. ohne inhaltliche Kontrolle zu sanktionieren ²⁰⁾. Der klassische Liberalismus hatte wohl erkannt, daß die Freiheiten nicht schrankenlos ausgeübt werden können; auch die Grenzen der Privatautonomie sollten jedoch nicht durch den Staat, sondern autonom durch die in der Gesellschaft gültigen Moralnormen bestimmt werden ²¹⁾.

III. GWERBEFREIHEIT UND WETTBEWERBSSCHUTZ

1. Blockierung eines wirksamen Wettbewerbsschutzes durch die Rechtsprechung

Im Einklang mit dieser individualistischen Grundhaltung verhinderte das Reichsgericht mit einer wegweisenden

18) Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Heymann, Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft (1921), 13 ff; Strauß, Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, in: Festschrift Böhm (1975), 603 ff; Baumbach-Hefermehl, Allg. 37.

19) Vgl. bes. die Entscheidung des Preußischen Obertribunals vom 9.7.1877 (Entsch. Bd. 80, 1).

20) Vgl. Raiser JZ 1958, 1, 2; Teubner, Standards (1971), 52.

21) Vgl. dazu Teubner (FN 20), 52 und Joerges RabelsZ 1972, 421, 432 u. 443 zu FN 107; jeweils unter Bezugnahme auf Adam Smith.

Entscheidung im Jahre 1880²²⁾ die Entwicklung eines selbständigen über die bisherigen reichsrechtlichen Vorschriften gegen unlauteren Wettbewerb hinausgehenden deliktischen Wettbewerbsschutzes²³⁾. Der reichsrechtliche Schutz gegen unlauteren Wettbewerb bestand seinerzeit nur aus den firmenrechtlichen Bestimmungen der Artikel 16 ff ADHGB und aus dem Markenschutzgesetz von 1874. Obwohl diese Schutzbestimmungen als völlig unzureichend empfunden wurden²⁴⁾, sah sie das Reichsgericht als abschließende Sonderregeln an, soweit es sich um Fälle des Mißbrauchs von Firmennamen oder Warenbezeichnungen handelte²⁵⁾. Zwar wurde ein ergänzender deliktischer Wettbewerbsschutz damit nicht generell, sondern nur für das Gebiet der Warenbezeichnungen blockiert²⁶⁾; diese Einschränkung fiel jedoch damals kaum ins Gewicht, da im Blickpunkt der Bestrebungen zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb vorwiegend Fälle des Kennzeichenmißbrauchs standen²⁷⁾, und fand auch in der Folgezeit keine Beachtung²⁸⁾. Der vom Reichsgericht zunächst nur für den Firmen- und Markenschutz aufgestellte Gegenteilsschluß "Alles, was nicht gesondert gesetzlich verboten ist, ist erlaubt" erlangte also im Ergebnis für das gesamte Wettbewerbsrecht Gültigkeit. Ein wirksamer Wettbewerbsschutz bestand bis zum Erlaß des Wettbewerbsgesetzes von 1896 nicht²⁹⁾.

22) RGZ 3, 67, 69.

23) Zu entsprechenden Ansätzen in einigen Partikularrechten vgl. Kohler, Der unlautere Wettbewerb (1914), 36 ff.

24) Vgl. die amtliche Begründung zum Wettbewerbsgesetz von 1896 (FN 1), bei Lobe III, 46 f; Finger, Unlauterer Wettbewerb, 4. Aufl. (1911), Einl. Anm. 2, S. 9.

25) Vgl. nur RGZ 3, 67, 69; 6, 75, 76; 20, 71, 75; 25, 114, 120 f (ständige Rechtsprechung).

26) Insofern zu pauschal die Kritik am Reichsgericht bei einigen Vertretern der Lehre; die Einschränkung übersehen z.B. Baumbach-Hefermehl, Allg. 38; Einl. UWG, Rdnr. 13; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (1958), 134; Joerges RabelsZ 1972, 421, 441. Wie hier Knopp ZHR 134 (1970), 151, 153; differenzierter auch Ulmer-Reimer III, Nr. 2.

27) Eine Ausnahme bildet RGZ 35, 166, 169.

28) Vgl. z.B. RGZ 18, 93, 100; Kohler (FN 23), 43 f.

29) Vgl. Ulmer-Reimer III, Nr. 2 ff.

2. Eingreifen des Gesetzgebers

Das Stillhalten der Rechtsprechung machte ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich. Die rasche Industrialisierung hatte zu einschneidenden Veränderungen in der sozialen und ökonomischen Situation der Gewerbetreibenden geführt. Nach der anfänglichen Hochstimmung der "Gründerjahre" brachen wirtschaftliche Krisen herein ³⁰⁾, die Kartellierungen und Fusionen größten Ausmaßes zur Folge hatten ³¹⁾; der "Kampf um den Warenumsatz" wurde infolge Überproduktion und Nachfragerückgangs in "immer schärferen Formen" ausgetragen ³²⁾.

Zunächst wurde der kennzeichenrechtliche Schutz verbessert und erweitert, indem das Markenschutzgesetz von 1874 durch das Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen von 1894 ersetzt wurde ³³⁾. Die Gewerbetreibenden sollten damit ein "wirksames Mittel" erhalten, "um Eingriffe in ihre Interessensphäre zurückzuweisen" ³⁴⁾. Sodann wurde versucht, den größten "Auswüchsen des Reklameunwesens" mit dem Wettbewerbsgesetz von 1896 durch Aufstellung von Spezialvorschriften zu begegnen. Nachdem sich dieses Vorgehen "wegen der Vielgestaltigkeit der illoyalen Handlungen" als unzureichend erwiesen hatte, stellte man zur Bekämpfung des "erfinderischen"

30) Vgl. die Darstellung bei Rosenberg, Große Depression und Bismarckzeit (1967), 58 ff.

31) Vgl. Barnikel, Kartelle in Deutschland (1972), 1 ff; Schrauder, Wettbewerbsverstöße (1970), 28; ferner sei auf die umfassende Materialsammlung im Band 60 der Schriften des Vereins für Socialpolitik (Über wirtschaftliche Kartelle in Deutschland und im Auslande) hingewiesen.

32) Vgl. die amtliche Begründung zum Wettbewerbsgesetz von 1896 (FN 1) bei Lobe III, 48; siehe auch Schmoller, Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 2. Teil (1919), 56.

33) Zur Entwicklung des gesetzlichen Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb vgl. Ulmer-Reimer III, Nr. 2 ff; Baumbach-Hefermehl, Allg. 37 ff; Fikentscher (FN 26), 133 ff.

34) Amtliche Begründung, zitiert nach Geitel, Die Praxis des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 (1900), 34.

unlauteren Wettbewerbs dem UWG von 1909 die jetzige Generalklausel des § 1 voran ³⁵⁾.

Zwar stand mittlerweile auch die Generalklausel des § 826 BGB zu einem ergänzenden deliktischen Wettbewerbschutz zur Verfügung und das Reichsgericht hatte davon zur Abwehr besonders krasser Fälle unlauteren Wettbewerbs auch Gebrauch gemacht ³⁶⁾; doch wurde auch dieser Schutz wegen des von § 826 BGB vorausgesetzten Schädigungsvorsatzes als ungenügend angesehen ³⁷⁾.

3. § 1 UWG als Ausformung des Prinzips staatsfreier Selbstverwaltung

Die gesetzgeberischen Akte, insbesondere auch die neue Generalklausel des UWG, wurden nun nicht etwa als Durchbrechung des Grundsatzes der Nichteinmischung des Staates in den Wirtschaftsablauf verstanden ³⁸⁾. Man begriff die Anknüpfung an die "guten Sitten" vielmehr als Verweisung auf die in der bürgerlichen Gesellschaft, insbesondere im "praktischen, geschäftlichen, kaufmännischen Leben" gültigen Moralnormen ³⁹⁾; den Staat

35) Vgl. den Abg. Bitter in der 2. Beratung des Gesetzesentwurfs, Verhandlungen des Reichstages, 12. LP, I. Session (Bd. 236), S. 8497.

36) Grundlegend RGZ 48, 114, 119 f; die in RGZ 3, 67, 69 aufgestellte These wurde damit implizit aufgegeben. Vgl. die Übersicht bei Ulmer-Reimer III, Nr. 6.

37) Vgl. den Bericht der Kommission zur Vorberatung des Entwurfs eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Verhandlungen des Reichstages, 12. LP, I. Session (Bd. 255), Aktenstück-Nr. 1390, S. 8434.

38) Allein Otto Mayer ZHR 26 (1881), 363, 434, 437 wandte sich gegen eine einseitig privatrechtliche Deutung der Gewerbefreiheit und betonte, daß es sich etwa bei dem Markenschutzgesetz um "Eingriffe der Staatsgesetzgebung in das natürliche Spiel der Privatrechte, um positive Beschränkungen der Gewerbefreiheit aus höheren Rücksichten" handele.

39) Vgl. die Abg. Bitter (FN 35), S. 8498 und Müller, ebda, S. 8498.

sah man auf die bloße Normierung der Rechtsfolge beschränkt. Ein Anspruch aus § 1 UWG sollte nur dann gegeben sein, "wenn eine zum Zwecke des unlauteren Wettbewerbs vorgenommene Handlung von der Gesamtheit oder wenigstens von der überwiegenden Mehrheit der betreffenden Berufs- und Erwerbsgenossen als unsittlich charakterisiert wird" ⁴⁰⁾. Der Optimismus hinsichtlich der Existenz gesellschaftlicher Moralnormen war ungebrochen. Man leugnete, daß die "Anschauungen über geschäftliche Moral minder strenge" geworden seien; das Gegenteil sei der Fall.

Die Veränderungen des Konkurrenzkampfes führte man darauf zurück, daß "Personen von minder ausgebildetem Sinn für geschäftliche Ehrbarkeit" in den Kreis der Wirtschaftssubjekte eingedrungen seien ⁴¹⁾. Auch das Fehlgehen gerichtlicher Entscheidungen wurde für diese Entwicklung verantwortlich gemacht ⁴²⁾, wie man überhaupt aus seiner "Unzufriedenheit mit der bisherigen Stellung unserer Richter gegenüber dem geschäftlichen Leben" kein Hehl machte ⁴³⁾. Somit erschien die Gute-Sitten-Klausel des § 1 UWG nicht als interventionistische Reglementierung der freien Unternehmertätigkeit, sondern geradezu als Ausformung des Prinzips staatsfreier Selbstregulierung der gesellschaftlichen Kräfte. § 1 UWG war - wie auch die anderen Gute-Sitten-Klauseln (§§ 138, 826 BGB) - die "Zufluchtshoffnung der liberalen Epoche" ⁴⁴⁾.

40) So der Berichterstatter der Kommission (FN 37), Abg. Junck, in der 2. Beratung (FN 35), S. 8499.

41) Amtliche Begründung zum Wettbewerbsgesetz von 1896 (FN 1) bei Lobe III, 48.

42) Amtliche Begründung des Entwurfs eines Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb, Verhandlungen des Reichstags, 12. LP, I. Session (Bd. 252), zu Aktenstück-Nr. 1109, S. 7.

43) Vgl. den Abg. Müller (FN 39), S. 8498.

44) Das Wort stammt von Esser, in: Esser/Stein, Werte und Wertewandel (1966), 22.

IV. MASSGEBLICHKEIT DER ANSCHAUUNGEN DER GEWERBETREIBENDEN

Verstöße gegen die "guten Sitten" nach § 1 UWG ermittelte die Rechtsprechung folgerichtig in erster Linie unter Heranziehung der Anschauungen der Gewerbetreibenden als des maßgebenden Verkehrskreises. Das Reichsgericht hatte bereits im Jahre 1901 in einem Fall ergänzenden Wettbewerbsschutzes nach § 826 BGB hervorgehoben, daß auf die "Anschauung des ehrbaren Kaufmanns im Handelsverkehr" Rücksicht zu nehmen sei, wenn sich darin die "herrschende Sitte" auspräge ⁴⁵⁾. Die vom Reichsgericht zur Erläuterung der "guten Sitten" im Bürgerlichen Recht (§§ 138, 826 BGB) ständig verwendete Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" ⁴⁶⁾ wurde somit für das Recht gegen unlauteren Wettbewerb dahin modifiziert, daß hier vorrangig auf die Anschauungen des "anständig denkenden Kaufmanns" ⁴⁷⁾, der "anständig denkenden Geschäftswelt" ⁴⁸⁾ abgestellt wurde ⁴⁹⁾. Nur im Einzelfall von der Allgemeinheit mißbilligte Geschäftspraktiken (sog. Mißbräuche, Unsitten) sollten ausnahmsweise unbeachtlich sein ⁵⁰⁾.

45) RGZ 48, 114, 125.

46) Erstmals RGZ 48, 114, 124, offenbar im Anschluss an Mugdan, Motive II, 727.

47) RG GRUR 1931, 278, 280 - Kinderwettbewerb.

48) RGZ 115, 319, 330 - Progressive Kundenwerbung.

49) Vgl. auch mit ähnlichen Formulierungen RGZ 128, 330, 340; RG GRUR 1930, 540, 542; RGZ 149, 242, 250 - zahnärztliches Taschenbuch; OLG Stettin JW 1938, 387, 388; aus dem Schrifttum vgl. z.B. Baumbach JW 1930, 1643, 1645; Donig, Unlauterer Wettbewerb (1933), 2; Finger (FN 24), 30 f; Seelow, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1926), 14.

50) Vgl. bereits zu § 826 BGB: RGZ 48, 114, 125; zu § 1 UWG: RG GRUR 1931, 278, 280; zu § 12 UWG: RG JW 1925, 486, 487 und RG JW 1930, 1738.

V. SUBJEKTIVES RECHT ALS SCHUTZGUT DES RECHTS GEGEN UNLAUTEREN WETTBEWERB

1. Die Suche nach einem individualrechtlichen

Schutzgut

Entsprechend der individualistischen Grundhaltung wurde dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb von der Lehre ein subjektives absolutes Recht als Schutzgut unterlegt. Die ältere Auffassung ging dabei von einem besonderen Persönlichkeitsrecht an der gewerblichen Betätigung aus ⁵¹⁾. Dieser Lehre widersprach eine jüngere Richtung, die das "Recht am Unternehmen" als Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts ansah ⁵²⁾. Wohl unter dem Eindruck der - wenn auch zaghaften - Entwicklung eines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ⁵³⁾ war man der Ansicht, daß das Unternehmen mit den darin verkörperten Vermögenswerten eine selbständige von der Persönlichkeitssphäre zu trennende Einheit sei, die "eigentumsähnlichen" ⁵⁴⁾ Schutz verdiene; die zur "Entpersönlichung der Wirtschaft drängende Entwicklung" müsse berücksichtigt werden ⁵⁵⁾.

51) So im Anschluß an Gierke, Deutsches Privatrecht I (1895), 713, 748 ff; vor allem Kohler (FN 23), 17 ff; ders. Das Recht des Markenschutzes (1885), 89; Lobe I, 145 ff, 183 ff; Osterrieth GRUR 1909, 399, 408; Rosenthal, Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl. (1930), 5; Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb (1931), 77; w.Nachw. bei Knöpfle, Rechtsbegriff "Wettbewerb" (1966), 35, FN 19 ff.

52) Die Hauptvertreter dieser Lehre sind Baumbach (Das gesamte Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. (1929), 126 f; 2. Aufl. (1931), 67 f), Callmann (FN 12), 31 ff) und Reimer (Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. 1 (1933), 56 ff).

53) Vgl. z.B. RGZ 56, 271, 275; 58, 24, 29 f; 64, 52, 55.

54) Baumbach, Das gesamte Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. (1931), 69.

55) Callmann (FN 12), 31; vgl. auch ders. JW 1930, 1647, 1650.

2. Ursachen dieser Suche

Auf eine Wiedergabe der kontroverse Persönlichkeitschutz - Unternehmensschutz sowie auf eine Darstellung der Einzelheiten der Schutzgutlehren kann hier verzichtet werden ⁵⁶⁾. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert allein die Frage nach den Ursachen dieser allgemeinen Suche nach einem individualrechtlichen Schutzgut. Drei Gründe lassen sich dafür anführen: Verhaftung in traditionellen Konzeptionen, dogmatische Überlegungen sowie erste Objektivierungstendenzen.

a) Traditionelle Konzeption

Die Schutzgutlehren nahmen ihren Anfang lange vor Erlass der Wettbewerbsgesetze von 1896 und 1909. In Gegnerschaft zur Rechtsprechung, die sich nicht in der Lage sah, einen ergänzenden Wettbewerbsschutz zu entwickeln, versuchte man in der Lehre nachzuweisen, daß es sich bei dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb um bürgerlich-rechtliches Deliktsrecht handele. Nur auf diese Weise konnte man nach dem damaligen Zivilrechtsverständnis den Umkehrschluß des Reichsgerichts ⁵⁷⁾ überwinden und einen umfassenden zivilrechtlichen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb erreichen, demgegenüber sondergesetzliche Regelungen keine abschließende Wirkung haben konnten ⁵⁸⁾. Die Anlehnung an das Deliktsrecht erforderte zwingend die Konstruktion eines subjektiven absoluten Rechts.

56) Es wird insoweit verwiesen auf die Darstellungen bei Schrauder (FN 31), 110 ff; Knöpfle (FN 51), 35 ff; Fikentscher (FN 26), 157 ff; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 40 ff.

57) RGZ 3, 67, 69; dazu oben FN 27 ff.

58) Vgl. vor allem Kohler, Das Recht des Markenschutzes (1885), 89.

b) Zivilrechtliches Systemdenken

In dieser traditionellen Konzeption eines subjektiv-rechtlichen Schutzguts sah man sich nach Inkrafttreten der beiden Wettbewerbsgesetze durch dogmatische Überlegungen bestätigt. Die Gewährung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen durch das UWG setze, so meinte man, die Verletzung eines subjektiven absoluten Rechts voraus ⁵⁹⁾. Nur so sei auch verständlich, warum das UWG nur den Mitbewerbern Ansprüche gewähre, dem "quivis ex populo" aber nicht ⁶⁰⁾. Die Klagebefugnis der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG wurde demgegenüber auf bloße Zweckmäßigkeitserwägungen zurückgeführt; damit die Verfolgung unlauterer Wettbewerbshandlungen nicht allein dem Belieben des einzelnen Verletzten überlassen bleibe, seien auch die Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen als "Prozeßstandschafter" ermächtigt worden, die Verletzung der Gewerbetreibenden im eigenen Namen geltend zu machen ⁶¹⁾. Die deliktsrechtliche Zuordnung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb wurde also auch für das UWG beibehalten; die §§ 1, 3 UWG erschienen als sondergesetzliche Normierungen der §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB ⁶²⁾.

Da bei der weiten Fassung des jeweiligen Schutzguts der bürgerlich-rechtliche Schutz den durch das UWG gewährten Schutz umfaßte, ging man gar so weit, das UWG

59) Lobe GRUR 1917, 15, 16; Lobe I, 242 f; Kirchberger (FN 51), 56 f; so auch noch Fikentscher (FN 26), 225.

60) Baumbach MuW 1931, 5, 6; Kirchberger (FN 51), 31.

61) Baumbach MuW 1931, 5, 6; vgl. auch Kirchberger (FN 51), 32 und Callmann (FN 12), 44.

62) Vgl. Lobe I, 192 (zu § 1 UWG a.F.); ders. GRUR 1931, 1215, 1217; Baumbach (FN 54), 85 ff.

als überflüssige gesetzgeberische Maßnahme anzusehen; Abwehransprüche sollten nur auf § 1004 BGB, Schadensersatzansprüche allein auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt werden⁶³⁾.

c) Objektivierungsbestrebungen

Ein wichtiger Grund für diese extreme Haltung war neben dem zivilrechtlichen Systemdenken aber auch das Bestreben nach einer Objektivierung des Sittenwidrigkeitsurteils. Einerseits sollte das Urteil über unlauteres Verhalten im Wettbewerb von dem Vorwurf moralischer Verwerflichkeit befreit, andererseits auch eine Abwehr bloß unrechter Wettbewerbshandlungen ermöglicht werden, ohne daß es also auf eine Kenntnis der Tatumstände oder gar auf ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit ankomme⁶⁴⁾. Die Grenze des Erlaubten sollte nicht mehr durch die Sittlichkeit bestimmt werden, sondern durch den Gegensatz "wettbewerbseigentümlich-wettbewerbsfremd"⁶⁵⁾.

3. Pragmatische Haltung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht nahm trotz der temperamentvollen Angriffe Baumbachs⁶⁶⁾ keinen Kurswechsel vor, sondern beurteilte wettbewerbsrechtliche Streitfälle weiterhin sowohl nach UWG-Recht wie nach Deliktsrecht⁶⁷⁾.

63) Lobe GRUR 1931, 1215, 1217; Baumbach (FN 54), 91 f.

64) Vgl. Baumbach (FN 54), 174; ders. JW 1930, 1643, 1645; vgl. dazu auch Callmann (FN 12), 45 f.

65) Baumbach JW 1930, 1643, 1645 unter Hinweis auf Lobe I, 7 ff, 10.

66) Baumbach spricht z.B. von "Orgien der Sittlichkeits-hysterie" (DJZ 1931, Sp. 58, 61), von der "verhängnis-vollen Rolle der Sittenwidrigkeit" (JW 1930, 1643, 1645).

67) RGZ 74, 434, 435; 79, 321, 322.

Überhaupt blieben die praktischen Auswirkungen der Schutzgutlehren gering; ein ergänzender deliktischer Wettbewerbschutz vor Erlass der Wettbewerbsgesetze wurde auch mit ihrer Hilfe nicht verwirklicht und auch später billigte das Reichsgericht wettbewerbsrechtliche Abwehr- und Schadensersatzansprüche in mehr pragmatischer Handhabung der gesetzlichen Vorschriften zu, ohne sich um dogmatische Erklärungen zu bemühen und sich in irgendeiner Weise zur Schutzgutfrage festzulegen ⁶⁸⁾.

VI. DIE ORDNUNGSPOLITISCHE FUNKTION DES UWG

Die Konzeption des UWG als eines autonomen Standesrechts zeigte bereits von Anfang an Risse und Widersprüche. Man glaubte einerseits, den durch die industriellen und wirtschaftlichen Umwälzungen verursachten Konflikten, den sich dadurch häufenden Mißbräuchen der Gewerbefreiheit begegnen zu können, indem man auf die geschäftlichen Moralnormen verwies. Andererseits mußte man jedoch zugeben, daß eben in dem wegen Überproduktion und Absatzschwierigkeiten härter werdenden Konkurrenzkampf immer weniger Rücksicht auf den geschäftlichen Anstand genommen wurde. Wegen einer "gewissen Unsicherheit" über die "Grenzen des vom Standpunkte der geschäftlichen Moral aus Zulässigen" hatte man schließlich bei Erlass des Wettbewerbsgesetzes von 1896 gerade von einer Generalklausel abgesehen ⁶⁹⁾. So stellte denn auch der Abg. Frh. v. Langen in der Reichstagsdebatte fest, daß entgegen der Regierungsbegründung die "Moral

68) Vgl. z.B. (zu § 826 BGB) RGZ 48, 114, 121, 124; zweideutig allenfalls die Formulierung bei RG JW 1905, 410: "Die Klage aus § 1 UWG (a.F.) ist eine Deliktsklage zum Schutze des Gewerbebetriebes der derselben Geschäftsbranche angehörenden Mitbewerber".

69) Begründung (FN 1), 49.

in Handel und Wandel durch das Eindringen gewisser Elemente in den Kaufmannsstand ganz entschieden gelockert und zurückgegangen" sei ⁷⁰⁾. Der Abg. Singer sah in den sich häufenden unlauteren Wettbewerbshandlungen ein "getreues Spiegelbild der Geschäftsmoral" und war deshalb von der Erfolglosigkeit des Wettbewerbsgesetzes überzeugt ⁷¹⁾. Die Richterschelte ⁷²⁾ kann demgegenüber nur noch als (untauglicher) Versuch gewertet werden, die Diskrepanz von Anspruch und Wirklichkeit, die von vornherein in der rein individualrechtlichen Konzeption des UWG angelegt war, zu kaschieren; denn sie zeigt doch gerade an, daß die vorausgesetzte homogene Gesellschaftsmoral des liberalen Bürgertums, als dessen Repräsentanten die Richter zu gelten hatten, brüchig geworden war. Die überschaubare Welt des "königlichen Kaufmanns" existierte nicht mehr. Der tiefere Grund für ein Eingreifen des Gesetzgebers war folglich nicht die Schaffung eines Sanktionssystems für ohnehin schon bestehende und überwiegend befolgte soziale Normen. Vielmehr wurde der Ruf nach dem Gesetzgeber laut, weil sich das Geschäftsleben im ausgehenden 19. Jahrhundert den moralischen Standards mehr und mehr entzog und folglich das Vertrauen in die Fähigkeit der Wirtschaft zur Selbstreinigung nachgelassen hatte; es setzte sich die Erkenntnis durch, daß eine schrankenlose Privatautonomie die einst erhoffte Gerechtigkeitsgewähr nicht bieten konnte. Von einem Einschreiten des Staates wurde daher "alles erwartet" ⁷³⁾. Die in der Reichstagslesung erhobenen Forderungen nach "Beschneidung von Auswüchsen der Gewerbefreiheit" ⁷⁴⁾, nach einem Gesetz "gegen schrankenlose Freiheit auf dem Gebiet des Erwerbs" ⁷⁵⁾ deuten an, welche Ziele das Wettbewerbsgesetz

70) Bei Lobe III, 138.

71) Bei Lobe III, 109.

72) Vgl. oben zu FN 42 und 43.

73) Vgl. Scherer, Verhandlungen des 23. DJT (1885), 226 ff, 227.

74) Abg. Bassermann, bei Lobe III, 84.

75) Abg. Vielhaben, bei Lobe III, 146.

von 1896 und entsprechend das UWG von 1909 in Wahrheit verfolgt: Die einst gegen den Staat erkämpfte und folglich als Befreiung von staatlichen Schranken verstandene Gewerbefreiheit sollte durch eben diesen Staat wieder eingeschränkt werden. An die Stelle der früheren öffentlich-rechtlichen Zunftordnungen sollte nun - nach einer Episode wirtschaftlicher Anarchie - wieder eine "gute" Ordnung des Wettbewerbs treten. Damit entpuppte sich die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs als "Frühform von staatlichem Wirtschaftsinterventionismus" ⁷⁶⁾. Die Ausrichtung der Gute-Sitten-Klausel, die ihren Charakter als Verweisungsnorm weitgehend verloren hat, an den jeweils herrschenden Grundsätzen der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung erscheint also schon im Entstehungsprozeß des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb vorprogrammiert: Das UWG ist ein wirtschaftspolitisch motiviertes Gesetz, das darum von Anfang an auch wirtschaftspolitischen Einflüssen gegenüber prinzipiell geöffnet war; als "Standesrecht" konnte es die ihm übertragene Ordnungsfunktion nicht oder nur unzureichend erfüllen ⁷⁷⁾.

Zwar verfolgte das Reichsgericht mit der berühmt gewordenen "Anstandsformel" formal einen soziologischen-unpolitischen-Ansatz, und auch die rein individual-rechtlichen Deutungen seitens der Lehre weisen auf den ersten Blick in diese Richtung. Gerade die heftige Kritik, die an der Rechtsprechung geübt wurde, der Vorwurf, das Reichsgericht feiere "Orgien der Sittlichkeits-hysterie" ⁷⁸⁾ zeigt jedoch, daß der unpolitische Ansatz

76) Der Ausdruck findet sich bei Joerges RabelsZ 1972, 421, 443 FN 107.

77) Vgl. sinngem. auch Joerges RabelsZ 1972, 421, 443 FN 107 und S. 466 f; Teubner (FN 20), 54 ff; Thiedig, Suggestivwerbung (1973), 74 ff; Ott, Festschrift Raiser (1974), 403, 417; Esser (FN 44), 22.

78) S. oben FN 66.

von den Gerichten nicht konsequent weiterverfolgt wurde. Nur kann man der Rechtsprechung daraus keinen Vorwurf machen, weil eben allein mit Standesrecht die in der veränderten Wirklichkeit einer industriellen Massengesellschaft, einer pluralistischen Wertordnung, anstehenden Konflikte nicht gelöst werden konnten. Gerade auch der Versuch, wegen der "verhängnisvollen Rolle der Sittlichkeit" ⁷⁹⁾ mit Hilfe der Individualschutzkonzeptionen eine Objektivierung des Unlauterkeitsurteils zu erreichen ⁸⁰⁾, beruht im Grunde auf der Erkenntnis dieses Dilemmas: Als Verweisungsnorm wurde die Gute-Sitten-Klausel den *tatsächlichen* Verhältnissen nicht gerecht, ihr eine Ordnungsfunktion zuzubilligen, erschien nach dem damaligen Stand der Dogmatik *rechtlich* unmöglich. Ein Ausweg bot ein Ausweichen auf das Recht der unerlaubten Handlungen. So glaubte man, am ehesten dogmatische Erkenntnisse und die von der Praxis erzielten und überwiegend gebilligten Ergebnisse, die letztlich auf einer stillschweigenden Ausrichtung der Gute-Sitten-Klausel an der Wettbewerbsordnung beruhten, auf einen Nenner bringen zu können.

Die "Sittlichkeitshysterie" wie auch die früh einsetzenden Objektivierungsbestrebungen sind also Belege dafür, daß der ursprüngliche gesetzgeberische Ansatz - die Gute-Sitten-Klausel als Verweisungsnorm auf tradierte Geschäftsmoral - nicht nur von vornherein verfehlt war, sondern auch praktisch nicht verwirklicht wurde. Wie die guten Sitten *im Einzelfall* mit wirtschaftspolitischem Gehalt aufgefüllt worden sind, soll sogleich an einigen Beispielen gezeigt werden.

79) S. oben FN 66.

80) S. oben V 2 c.

§ 8 WIRTSCHAFTSPOLITISCHE EINFLÜSSE IN DER ANFANGSPHASE

Eine Rechtsprechungsanalyse, die wirtschaftspolitische Einflüsse bereits in den Anfängen des Wettbewerbsrechts aufdecken will, darf sich nicht auf jene Tatbestände beschränken, in denen ein Sittenverstoß angenommen wurde, sondern muß gerade auch jene Verhaltensweisen in Betracht ziehen, die keinerlei Beanstandung erregt haben, es nach heutiger Auffassung aber tun würden. Im Blickpunkt unseres Interesses muß danach die einseitige Bevorzugung der Kartelle (I) sowie die wechselvolle Behandlung des Hinweises auf die Ausländereigenschaft eines Konkurrenten (II) stehen.

I. KARTELLFREUNDLICHE RECHTSPRECHUNG

Ausfluß der liberalistischen Grundhaltung ist die grundsätzlich positive Einstellung jener Zeit zur Zulässigkeit der Kartelle und zum Organisationszwang der Kartelle, wie überhaupt die Indifferenz gegenüber dem Phänomen privater wirtschaftlicher Macht ¹⁾. Die Auslegung der Gute-Sitten-Klauseln konnte davon nicht unberührt bleiben. Wirtschaftliche Kampfmaßnahmen von Kartellen blieben im wesentlichen unbeanstandet, während die Kartellaußenseiter mit Hilfe der guten Sitten zur Anpassung an die höheren Kartellpreise angehalten wurden.

1) Zu letzterem vgl. näher Mertens AcP 174 (1974), 333, 365; Schmidt-Syaßen, Wechselwirkung (1973), 43.

1. Generelle Zulassung der Kartelle

a) Rechtsprechung

Das Reichsgericht stand der Kartellbewegung, die im Krisenjahr 1873 einsetzte und in der nachfolgenden wirtschaftlichen Depression immer größere Ausmaße erreichte ²⁾, mit Wohlwollen gegenüber. Nachdem das Gericht im Jahre 1890 einen Boykott des Börsenvereins der deutschen Buchhändler gegenüber einem Nichtmitglied, das sich nicht an die festgesetzten Rabattsätze hielt, als zulässige "genossenschaftliche Selbsthilfe" charakterisiert hatte ³⁾, stellte es in einer richtungsweisenden Entscheidung aus dem Jahre 1897 ⁴⁾ die grundsätzliche Vereinbarkeit der Kartelle mit dem Prinzip der Gewerbefreiheit fest. Die Begründung hob entscheidend auf die volkswirtschaftliche Nützlichkeit der Kartelle ab; sie seien besonders geeignet, unwirtschaftliche Überproduktion zu verhindern. Wenn daher Unternehmer, denen durch zu niedrige Preise der wirtschaftliche Ruin drohe, sich zu dem Zweck zusammenschlossen, die gegenseitigen Preisunterbietungen zu verhindern, so handele es sich dabei nicht bloß um eine "berechtigte Betätigung des Selbsterhaltungstriebes", sondern auch um eine "dem Interesse der Gesamtheit dienende Maßregel", die vor dem "Eigennutz der Einzelnen" schützen solle ⁵⁾. Aus § 1 GewO schließe schließlich kein Verbot *vertraglicher* Beschränkungen der Gewerbefreiheit ⁶⁾.

2) Vgl. die Nachw. in § 7 FN 30 u. 31.

3) RGZ 28, 238, 244; später noch RGZ 56, 273, 274 f.

4) RGZ 38, 155. Die nachfolgenden Entscheidungen unterstellten die Zulässigkeit von Kartellen als selbstverständlich, z.B. RGZ 54, 271; 60, 94; 85, 177.

5) RGZ 38, 155, 157 f.

6) Vgl. RGZ 38, 155, 158 f unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Preußischen Obertribunals, Entscheidungssammlung Bd. 80, 1 ff (auszugsweise wiedergegeben bei Strauß, in Festschrift Böhm (1975), 603, 607.

b) Gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Hintergrund

Die kartellfreundliche Haltung des Reichsgerichts erscheint unter dem Einfluß des Zeitgeists verständlich ⁷⁾, war doch das Wettbewerbsprinzip in Deutschland nicht heimisch geworden. Die Anpassungs- und Steuerungsfunktionen des Wettbewerbs waren nicht hinreichend bekannt; der freie Wettbewerb war die Anarchie, das Chaos, demgegenüber jede Ordnung, also auch die Selbstverwaltung der Wirtschaft durch Kartelle, als Fortschritt erscheinen mußte ⁸⁾. An die Stelle der Wettbewerbsfreiheit trat die "Selbstverwaltungsfreiheit der Produzenten" ⁹⁾; das "Ende des laissez-faire" wurde propagiert ¹⁰⁾. Das Prinzip der Gewerbefreiheit konnte bei diesem Wettbewerbsverständnis keinen Hinderungsgrund bilden. Denn wie selbstverständlich sah man darin keine positive Gewährleistung eines Freiheitsrechts, sondern nur negativ eine Befreiung von staatlicher Bevormundung ¹¹⁾. Es nimmt demnach nicht wunder, daß die Zulassung der Kartelle durch das Reichsgericht im rechtswissenschaftlichen

7) So auch Möschel, 70 Jahre deutsche Kartellpolitik (1972), 21.

8) Vgl. dazu Böhm, Das Problem der privaten Macht, in: Reden und Schriften (1960), 25, 42; ders. Wettbewerb und Monopolkampf (1933), 152 f, 157 ff; Schrauder, Wettbewerbsverstöße (1970), 58 m.w.N. in FN 5 ff.

9) Vgl. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933), 152 ff, der darin eine "Ersetzung des wirtschaftsliberalen Freiheitsbegriffs durch den Freiheitsbegriff des politischen Liberalismus" sieht.

10) So der Titel einer Schrift von Keynes (1926).

11) Vgl. nur Isay-Tschierschky, Kartellverordnung (1925), 21.

Schrifttum auf nahezu unbegrenzte Zustimmung stieß ¹²⁾ und "eine Tat" genannt wurde ¹³⁾. Kritik wurde erst in neuerer Zeit laut ¹⁴⁾, wenngleich die volkswirtschaftliche Nützlichkeit der Kartelle in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur schon damals keineswegs unbestritten war ¹⁵⁾.

2. Organisationszwang der Kartelle und Auslegung der "guten Sitten"

a) Grundsätzliche Anerkennung des Organisationszwangs

Nachdem die Kartelle wegen ihrer angeblich günstigen Auswirkungen auf Wettbewerb und Volkswirtschaft rechtliche Anerkennung gefunden hatten, wurden folgerichtig auch keine grundsätzlichen Bedenken dagegen erhoben, daß die Kartelle unter Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Machtstellung die verschiedenartigsten Maßnahmen ergriffen, um ein gleichförmiges Verhalten ihrer Mitglieder (sog. innerer Organisationszwang), sowie eine Anpassung von Außenseitern an die Kartellpreise und ¹⁶⁾ Konditionen (sog. äußerer Organisationszwang) zu erreichen.

12) Nachw. der unübersehbaren kartellfreundlichen Literatur finden sich bei Schrauder (FN 8), 57 ff. Allein Böhm (FN 9), bes. 152 ff, 157 ff, bekämpfte die Rechtsprechung.

13) Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht (1929), 55.

14) Z.B. Böhm, Das Reichsgericht und die Kartelle, in: Reden und Schriften (1960), 69 ff; Röper Ordo III (1950), 239 ff.

15) Darauf weist vor allem Röper a.a.O., 240 ff hin.

16) Grundlegend zur Terminologie Kestner, Der Organisationszwang (1912), 81 ff, 135 ff; eine Aufzählung der gebräuchlichsten Mittel des Organisationszwangs findet sich ferner bei Schrauder (FN 8), 37 f (m.N.); Isay-Tschierschky (FN 11), 56 ff.

Es wurde nämlich richtig erkannt, daß es im Wesen eines Kartells liegt, nach einer monopolartigen Machtstellung zu streben, da nur auf diese Weise eine wirksame und dauerhafte Marktregelung durchgesetzt werden kann. Die Monopolstellung kann wiederum nur mit Mitteln des Organisationszwanges erzielt und aufrecht erhalten werden ¹⁷⁾. Mit der positiven Einschätzung der Kartelle mußte also eine im Grundsatz wohlwollende Bewertung des Organisationszwanges als eines kartelltypischen Verhaltens einhergehen. Wie die Kartellbildung selbst, so wurde auch der Gebrauch von Kartellmacht im Wirtschaftsverkehr als Ausübung der jedermann zustehenden Privatautonomie begriffen; auch für Kartelle, so das Reichsgericht, gelte "die allgemeine Gleichheit vor Recht und Gesetz" ¹⁸⁾. Das Monopolstreben wurde so durch Zuerkennung der allgemeinen privatrechtlichen Befugnisse rechtlich geschützt ¹⁹⁾.

b) Keine Entwicklung von Verbotsnormen nach
§§ 138, 826 BGB, 1 UWG

Besondere Verhaltensnormen für den Organisationszwang sind daher weder im Rahmen der §§ 138, 826 BGB, noch aufgrund des § 1 UWG entwickelt worden ²⁰⁾. Das Reichsgericht hat zwar bestimmte Handlungsweisen von Kartellen nach § 138, 826 BGB untersagt; dabei handelte es sich

¹⁷⁾ Vgl. z.B. Silberberg, Handbuch des Deutschen Kartellrechts (1910), 256; Callmann JW 1930, 1647, 1649.

¹⁸⁾ RGZ 122, 260, 263.

¹⁹⁾ Vgl. RG KartR 1924, 168, 169 f = JW 1927, 112, 113; KartR 1926, 407, 409; w. Nachw. bei Eger, Das Reichsgericht und die Kartelle (1929), 236 ff.

²⁰⁾ So auch Schrauder (FN 8), 39 ff (m. zahlr. N.); Eger (FN 19), 238.

jedoch um eine Anwendung allgemeiner Grundsätze des Monopolmißbrauchs, die nicht auf die typische Änderung der in Kartellen konzentrierten Macht, auf den Organisationszwang, zugeschnitten waren, sondern für alle tatsächlichen Monopole in gleicher Weise galten ²¹⁾. Zudem wurde das Machtstreben selbst auch keineswegs verurteilt; ein Verstoß gegen die "guten Sitten" setzte vielmehr weitere Umstände voraus, aus denen sich im Einzelfall ein Mißbrauch herleiten ließ ²²⁾.

Daß das Kartellverhalten gegen § 1 UWG verstoßen könnte, ist bis in die zwanziger Jahre hinein nicht einmal in Erwägung gezogen worden. Offenbar war man der Ansicht, "genossenschaftliche Selbsthilfe" sei kein Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbs" ²³⁾. Später hat das Reichsgericht Maßnahmen des äußeren Organisationszwanges, wie Liefer- und Absatzsperrern, Boykott, planmäßige Preisunterbietung, unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG geprüft und deren grundsätzliche Zulässigkeit nicht in Frage gestellt ²⁴⁾. Es hob hervor, daß auf eine "den eigenen Vorteil hintansetzende Berücksichtigung fremder Interessen" im Wettbewerb nicht gerechnet werden könne ²⁵⁾; denn "kraft der allgemeinen Gewerbefreiheit" sei "grundsätzlich jeder Wettbewerb, auch wenn er für den Mitbewerber noch so verhängnisvoll" sei, erlaubt ²⁶⁾. Zudem wurde das "berechtigte eigene Interesse" des Kartells an der Wahrung seiner Monopolstellung zum Rechtfertigungsgrund für die Schädigung des Außenseiters

21) So auch Schrauder (FN 8), 42, 47 f, 50; Eger (FN 19), 138 f; Schmidt-Syaßen (FN 1), 50.

22) Vgl. nur RG KartR 1926, 407, 409; KartR 1924, 168, 169; w.N. bei Eger (FN 19), 236 ff.

23) So RGZ 56, 271, 274 in Bezug auf § 6 UWG (a.F.).

24) RG KartR 1924, 168, 169 f = JW 1927, 112, 113; KartR 1926, 407, 409; JW 1927, 112, 114; RGZ 134, 342, 348 f.

25) RG KartR 1926, 407, 409.

26) RG KartR 1926, 407, 409; KartR 1924, 168, 169.

erhoben ²⁷⁾. Das Kartell, so hieß es, befindet sich in einer Notwehrsituation gegenüber dem die Kartellpreise unterbietenden Außenseiter ²⁸⁾.

Die Forderung Böhms ²⁹⁾, den äußeren Organisationszwang als **Unterfall** monopolistischen Schädigungswettbewerbs generell nach § 1 UWG zu verbieten, blieb also unbeachtet. Bei grundsätzlicher Anerkennung der wirtschaftlichen Kampfmittel der Kartelle sollten lediglich Auswüchse *im Einzelfall* verhindert werden ³⁰⁾. Dem äußeren Kartellzwang war praktisch nur durch die drohende Existenzvernichtung des Außenseiters eine Grenze gezogen ³¹⁾, wobei die Gefahr einer Existenzvernichtung schon dann geleugnet wurde, wenn sich der Außenseiter den Kampfmaßnahmen des Kartells durch Unterwerfen unter seine Bedingungen entziehen konnte ³²⁾.

3. Preisbindungssysteme und Außenseiterproblem

a) Bekämpfung der sog. Preisschleuderei

Während es auf der einen Seite den Kartellen grundsätzlich gestattet war, zur Disziplinierung von Außenseitern deren Preise zu unterbieten, wurden auf der anderen Seite die nur von marktmächtigen Unternehmen, zumeist

²⁷⁾ Vgl. besonders deutlich RG KartR 1924, 168, 170; wie hier auch Biedenkopf, in: Festschrift Böhm (1965), 113, 120; Schrauder (FN 8), 50; Schmidt-George, Einfluß des GWB (1969), 51.

²⁸⁾ So besonders Silberberg (FN 17), 256 f.

²⁹⁾ Das Problem der privaten Macht (FN 8), 35; Wettbewerb und Monopolkampf (1933), 86 ff, 278 ff, 303 ff, 309 ff.

³⁰⁾ Callmann JW 1930, 1647, 1649; vgl. auch RG KartR 1924, 168, 170.

³¹⁾ Vgl. RG KartR 1924, 168, 170; JW 1927, 112, Nr. 14; RGZ 118, 84, 89; 56, 271, 278.

³²⁾ Vgl. RGZ 134, 342, 347 f; RG KartR 1929, 99, 103; 1929, 220, 223 f.

von Kartellen durchsetzbaren Preissysteme (damals "Reverssysteme" genannt) bei Markenwaren rechtlich anerkannt und mit Hilfe des § 1 UWG auch gegenüber Außenseitern abgesichert. Die Abgabe von preisgebundenen Markenwaren unter dem vom Hersteller festgesetzten Endpreis wurde als unlauteres "Preisschleudern" gebrandmarkt; der "Preisschleuderer", so hieß es, verschaffe sich durch die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs "einen durch nichts zu rechtfertigenden Vorsprung vor den redlichen Mitbewerbern" ³³⁾. Der entscheidende Grund für diese Vorsprungsargumentation war die allgemein verbreitete Überzeugung, bei der Preisbindung handele es sich um ein "volkswirtschaftlich notwendiges Preissystem" ³⁴⁾. Die Preisbindung sollte eine auskömmliche Verdienstspanne des eingeseßenen, gesunden Handels sicherstellen und damit für ein qualitativ hochwertiges und gleichbleibendes Warenangebot sorgen. Man war überzeugt, daß eine "schrackenlose Preisunterbietung" notwendig zur Verschlechterung der Ware führe" ³⁵⁾. Die sog. Preisschleuderei, so befürchtete man, begünstige das "Eindringen branchenfremder Elemente" in den Handel; durch einen ruinösen Wettbewerbskampf "aller gegen alle" werde dem "national-ökonomisch wertvolleren eingeseßenen Unternehmen deren in oft jahrzehntelanger Arbeit erworbener Absatz weggenommen" ³⁶⁾. Eine etwaige preisverteuernde Wirkung

33) Grundlegend RGZ 88, 9, 11; Rosenthal, Wettbewerbsgesetz, 6. Aufl. (1927), § 1 UWG, Note 92, 96; Reimer, Kommentar, Bd. 2 (1935), 585 f; Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 2. Aufl. (1932), § 1 UWG, Rdnr.100.

34) So Reimer (FN 33), 586 (m.w.N.); vgl. auch RGZ 133, 331, 335 f; KG GRUR 1930, 1053, 1054.

35) Vgl. Reimer a.a.O.; Hüssener, Preisschutz für Markenartikel (1931), 31 ff; ders. GRUR 1930, 1056 ff; KG GRUR 1930, 1053, 1054.

36) Vgl. Hüssener GRUR 1927, 447, 450 f; ders. GRUR 1930, 1056 ff; Isay GRUR 1927, 863, 865; KG GRUR 1930, 1053, 1054.

des Preisbindungssystems wurde demgegenüber entweder schlechthin verneint ³⁷⁾ oder jedenfalls in Anbetracht der "zahlreichen Vorteile" als nicht gewichtig angesehen ³⁸⁾.

b) Gegenstimmen im Schrifttum

Nur vereinzelt wurde der herrschenden "Preisschleuderei-bekämpfung" aus dem Schrifttum widersprochen. Das größte Engagement zeigte Goldbaum, der immer wieder die herrschende Meinung berannte und unter Hinweis auf die "Not der Zeit" und den gebotenen Schutz des Publikums gegen Überteuerung die Zulässigkeit der Unterbietung preisgebundener Markenwaren forderte ³⁹⁾. Seine Kritik gipfelte in dem Vorwurf, die Rechtsprechung zur Außenseiter-Unterbietung von Markenwaren sei eine "gemeinschaftliche Anwendung des § 1 UWG zum Schutz egoistischer Interessen" ⁴⁰⁾, denn darin liege ein Hochhalten von Preisen. Auch andere ⁴¹⁾ sahen die Preisbindung als überwiegend nachteilig für die Gesamtwirtschaft an und plädierten zur Verhinderung wirtschaftlich unbegründeter Preishochhaltungen für die Zulässigkeit der Unterbietung der Markenpreise durch Außenseiter. Die Gerichte, so forderte Wittgensteiner ⁴²⁾, müßten die Träger der veränderten wirtschaftlichen, soziologischen und moralischen Anschauungen sein. Fluhme ⁴³⁾ vertrat die Auffassung, "daß das Anstandsgefühl

37) RGZ 88, 9, 12; anders noch die Vorinstanz (OLG Hamburg JW 1915, 29), die den "Schutz des kaufenden Publikums gegen Überteuerung" hervorhebt; Rosenthal (FN 33), § 1 UWG, Note.99.

38) Isay GRUR 1927, 166, 169.

39) Goldbaum LZ 1927, 726, 728; ders. GRUR 1927, 781, 782 f; ders. MuW 1930, 505, 506; ders. GRUR 1931, 1053.

40) Goldbaum LZ 1927, 726, 728; vgl. auch ders. GRUR 1927, 781 f, 783.

41) Wittgensteiner KartR 1927, 458, 461; Fluhme KartR 1927, 451, 457.

42) KartR 1927, 458.

43) KartR 1927, 451, 457.

auch im geschäftlichen Verkehr (§ 1 UWG) nicht allein von privatwirtschaftlichen Rücksichten, sondern in erster Linie von Rücksichten auf die Allgemeinheit geleitet" werde. Wenn "Interessenkreise" ihre privatwirtschaftlichen Interessen dem Gemeinwohl voranstellten, so könne deren Billigkeitsgefühl nicht maßgebend sein.

Diese Stimmen konnten sich jedoch nicht durchsetzen. Keinesfalls gehöre es, so wurde eingewandt, zur Aufgabe des Richters, "verbessernd" in "fundamentale volkswirtschaftliche Gesetze" einzugreifen ⁴⁴⁾. Selbst wenn die Preisunterbietung der Allgemeinheit nützen sollte, was allerdings nicht einmal der Fall sei, wo werde die Wettbewerbsmaßnahme dadurch nicht lauter; die Frage nach der Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung sei nach "rein wettbewerbsrechtlichen, privatrechtlichen Gesichtspunkten" zu prüfen ⁴⁵⁾. Goldbaum wurde dementsprechend der "reine Konsumentenstandpunkt" vorgeworfen ⁴⁶⁾; er wurde als Doktrinär und Fanatiker abgestempelt ⁴⁷⁾, bestenfalls blieb er ein "geistreicher Alleingehrer" ⁴⁸⁾.

c) Vorläufiges Fazit

Die Art und Weise, wie die herrschende Meinung ihre Position gegen Goldbaum und andere verteidigt, offenbart die innere Widersprüchlichkeit der Argumentation. Einerseits will man das Preisbindungssystem schützen, weil

44) Rosenthal (FN 33), § 1 UWG, Note 99; ders. GRUR 1927, 786 Anm. 1; Isay GRUR 1927, 166, 167.

45) Callmann MuW 1926/27, 378, 379, 381; ders. GRUR 1928, 102, 104; Pinzger KartR 1928, 345, 350; Daffis GRUR 1931, 801, 804; Isay GRUR 1927, 166, 167.

46) Hüssener, Preisschutz (FN 35), 92.

47) Isay GRUR 1927, 863, 865.

48) Daffis GRUR 1931, 801, 804.

man es für gesamtwirtschaftlich notwendig erachtet, andererseits erhebt man gegen Goldbaum den Vorwurf, er wolle Wirtschaftspolitik betreiben; auf der einen Seite erhofft man sich Vorteile für die Allgemeinheit, nämlich ein hochwertiges Warenangebot, auf der anderen Seite gibt man vor, die Wirkung einer Wettbewerbshandlung auf die Allgemeinheit sei kein wettbewerbsrechtliches Kriterium; schließlich will man vor allem den wirtschaftlich schwachen Mittelstand schützen, also Strukturpolitik betreiben, wendet aber im gleichen Atemzuge gegen den von Goldbaum propagierten Verbraucherschutz ein, daß nur die Regierung soziale Maßnahmen zum Schutz der wirtschaftlich Schwachen ergreifen könne ⁴⁹⁾.

Rechtsprechung und Lehre sind sich also - wie in der Kartellfrage überhaupt - der wirtschaftspolitischen Grundlage ihres wettbewerbsrechtlichen Urteils nicht oder nur unzureichend bewußt. Callmann ⁵⁰⁾ sieht gar in der Beurteilung des Unterbietens preisgebundener Markenwaren eine "reine Rechtsfrage"; es sei nicht Aufgabe der Gerichte oder einzelner Wirtschaftssubjekte, die volkswirtschaftlichen Vorteile und Nachteile von Erscheinungen des Wirtschaftslebens gegeneinander abzuwägen. Die sog. privatrechtliche Betrachtungsweise dient aber - wie wir gesehen haben - allein als Argument zur Abwehr sozialer, Verbraucherschützender Erwägungen; ein Eindringen anderer überindividueller Wertungen, insbesondere wirtschafts- und strukturpolitischer Zielsetzungen, in das wettbewerbsrechtliche Unlauterkeitsurteil hindert sie nicht.

Zulässiger Kartellzwang und verbotene "Preisschleuderei": Die Rechtsprechung bot in ihrer wechselseitigen Ergänzung einen wirksamen Schutz für Kartelle. Wirt-

49) Die Formulierung findet sich bei Baumbach MuW 1931, 5, 6.

50) (FN 33), § 1 UWG, Rdnr. 95.

schaftspolitische Opportunität führte im ersten Falle zur Verneinung, im zweiten Fall zur Annahme eines Sittenverstosses nach § 1 UWG. Das Außenseiter-Problem wurde also einseitig zugunsten der Kartelle und Marktmächtigen gelöst, indem ihnen hervorragende Disziplinierungsmöglichkeiten tatsächlicher und rechtlicher Art verschafft wurden. Die "Ordnung" des Wettbewerbs wurde eben nicht in der "Institution eines freien Wettbewerbs, in einem nicht autoritären System sozialer Kontrolle" ⁵¹⁾ gesehen, sondern in der "genossenschaftlichen Selbsthilfe", in der Selbstverwaltungsfreiheit der Produzenten.

II. DER HINWEIS AUF DIE AUSLÄNDEREIGENSCHAFT EINES MITBEWERBERS

1. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

Der Einfluß wirtschaftspolitischer Zielsetzungen schon in der individualrechtlichen Anfangsphase wird besonders deutlich auch in einer Fallgruppe, deren wettbewerbsrechtliche Beurteilung sich mehrfach geändert hat: Der Hinweis auf die Ausländereigenschaft eines Mitbewerbers oder auf die ausländische Herkunft eines Konkurrenzproduktes wurde in Abkehr vom grundsätzlichen Verbot persönlicher vergleichender Werbung ⁵²⁾ im ersten Weltkrieg als zulässig angesehen ⁵³⁾; in der Nachkriegszeit wurde dann ein Verstoß gegen die guten Sitten zunächst angenommen ⁵⁴⁾, kurze Zeit darauf - nach der Machter-

51) Der Ausdruck stammt von Hoppmann, in: Wettbewerb als Aufgabe (1968), 61, 104.

52) Vgl. dazu Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 358 ff.

53) RG MuW XIV, 391; MuW XV, 87; MuW XV, 165; OLG Köln MuW XIV, 403; OLG Kiel MuW XV, 30; vgl. auch noch OLG Breslau JW 1929, 449.

54) RG GRUR 1933, 162, 164 = MuW 1933, 77, 78 - Gervais; KG MuW 1932, 253, 254.

greifung des Nationalsozialismus - wieder verneint ⁵⁵⁾. 1939 schwenkte dann das Ruder nochmals herum: der Hinweis auf die Ausländereigenschaft galt als Abkehr vom Leistungswettbewerb nunmehr als unlauter ⁵⁶⁾. Wegen des Sachzusammenhangs soll diese Fallgruppe, die das hier zugrunde gelegte Einteilungsschema durchzieht, an dieser Stelle abschließend dargestellt werden.

Im Jahre 1915 vertrat das Reichsgericht in drei Urteilen ⁵⁷⁾ die Auffassung, "angesichts der Schärfe, mit der die Feinde gegen Deutschland den wirtschaftlichen Krieg betrieben", könne es nicht als unsittlich gelten, "sich die erregte nationale Volksstimmung zu nutze zu machen, um aus ihr für das Geschäft Vorteile zu ziehen".

Ende 1932 folgte das Gericht dann der zunehmenden Kritik des Schrifttums ⁵⁸⁾ und sah den Ausländerhinweis als unsachliche Reklame an: Ein solcher Hinweis möge in Zeiten politischer oder wirtschafts-politischer Spannungen zwischen zwei Ländern ausnahmsweise erlaubt sein; er sei jedoch in "normalen Zeiten", in denen die Nationen auf den Gütertausch angewiesen seien, mit den Anschauungen der Kaufmannschaft nicht in Einklang zu bringen, zumal "dies leicht zu Gegenmaßregeln in anderen Ländern führen und der deutschen Volkswirtschaft im Ergebnis mehr Schaden als Nutzen bringen wird" ⁵⁹⁾.

55) RG GRUR 1933, 507, 508 = MuW 1933, 343, 344 - Dunlop; RGZ 147, 1, 6 ff = GRUR 1935, 519, 521 ff-Adressiermaschinen.

56) RGZ 163, 164, 172 f - Coramin; RGZ 163, 176, 178 - Steinway.

57) Siehe FN 53.

58) Callmann MuW 1927/28, 199; ders. (FN 33), § 1 UWG, Rdnr. 66; Baumbach, Das gesamte Wettbewerbsrecht (1931), 180; Dornheim MuW 1932, 291. Die Rechtsprechung wurde hingegen gebilligt von Bondi MuW XV, 76; Fuld MuW XV, 163; Rosenthal (FN 33), § 1 UWG, Note 35 a.E.

59) RG GRUR 1933, 162, 164.

Schon wenige Monate später, im März 1933, stellte das Reichsgericht einen erneuten Wandel fest: Die maßgebenden Anschauungen des Verkehrs hätten sich unter dem Einfluß der wirtschaftlichen Verhältnisse (Abschließungsbestrebungen in anderen Ländern, Einfuhrbeschränkungen, Zölle) geändert. In einer Zeit des Wirtschaftskampfes des Auslandes "ganz besonderes gegen Deutschland" müsse sich der Ausländer den Hinweis auf seine Herkunft gefallen lassen, da die Bevorzugung deutscher Waren der deutschen Gesamtwirtschaft diene ⁶⁰⁾. Diese erneute Kehrtwendung fand nicht nur Zustimmung in der Lehre ⁶¹⁾. Die Kritiker ⁶²⁾, von Schumann ⁶³⁾ einer "undeutschen Geisteshaltung" bezichtigt, hoben dabei vor allem auf die Abhängigkeit Deutschlands vom Außenhandel ab. So verlangte Baumbach ⁶⁴⁾ den Schutz des Ausländers, "damit nicht der Deutsche im Ausland schutzlos wird". In einer späteren Entscheidung nahm das Reichsgericht erste Korrekturen seiner Rechtsprechung vor, indem es den Hinweis auf die ausländische Kapitalbasis eines Unternehmens als Verstoß gegen die guten Sitten wertete ⁶⁵⁾. Auch hier wurde wieder rein wirtschaftspolitisch argumentiert: eine Zulassung der fraglichen Werbemethode würde der deutschen Wirtschaft schaden, da ihr eine Abziehung des ausländischen Kapitals drohe; damit würde den Bestrebungen der Regierung zuwidergehandelt, die bestehenden ausländischen Kapitalbeteiligungen in Deutschland festzuhalten ⁶⁶⁾.

60) RG GRUR 1933, 507, 508; RGZ 147, 1, 6 ff.

61) Zustimmend Nerreter GRUR 1933, 747, 752 f; Schumann GRUR 1934, 79, 87; Elster KartR 1935, 315.

62) Baumbach MuW 1934, 262 f; Reimer MuW 1933, 544; ders., Kommentar (1935), 547; Utescher GRUR 1936, 5, 9; Schwartz ZAKDR 1935, 617, 618 f.

63) GRUR 1934, 79, 87.

64) MuW 1934, 262, 263.

65) RGZ 150, 55; vgl. auch RGZ 150, 298, 306.

66) RGZ 150, 55, 57.

Endgültig verboten wurde der Hinweis auf die Ausländereigenschaft dann im Jahre 1939 ⁶⁷⁾. Für eine Abweichung vom grundsätzlichen Verbot der persönlichen vergleichenden Werbung biete die "Interessenlage der deutschen Wirtschaft keine ausreichende Unterlage". Die deutsche Wirtschaft könne auf Teilnahme am Welthandel nicht verzichten, es müsse daher der Staatsführung vorbehalten bleiben, Beeinträchtigungen der deutschen Wirtschaft durch das Ausland in einer Weise zu bekämpfen, die den Bedürfnissen der deutschen Wirtschaft nach Ausfuhrmöglichkeiten Rechnung trage. Der Hinweis auf die Ausländereigenschaft eines Mitbewerbers zur Förderung der eigenen Geschäftstätigkeit verstoße daher gegen das "gesunde Volksempfinden" ⁶⁸⁾.

2. Kritische Würdigung

Das wechselvolle wettbewerbsrechtliche Schicksal dieser Fallgruppe läßt den Einfluß wirtschaftspolitischer Wertungen auf die "guten Sitten" besonders hervortreten. Je nach Wirtschaftslage und Einsicht in die gesamtwirtschaftlichen und außenwirtschaftlichen Zusammenhänge wurde dieselbe Wettbewerbshandlung einmal für zulässig, ein anderes Mal für unzulässig erklärt. Stets waren dabei allein gesamtwirtschaftliche Nützlichkeitsabwägungen maßgebend ⁶⁹⁾; die Lehre machte dabei keine Ausnahme: der "vaterländischen Wirtschaft" sollte geholfen werden ⁷⁰⁾. Unterschiedlich beantwortet wurde lediglich die Frage nach dem hierzu einzuschlagenden Weg. Gegenüber einer verengten "Zahn-um-Zahn-Ideologie" setzte sich schließlich das Bewußtsein von der internationalen Verflechtung nationaler Wirtschaften durch und die Befürchtung, durch eine wettbewerbsrechtliche Zulassung der fraglichen Werbemaßnahme mehr Schaden als Nutzen anzurichten, gewann die Oberhand.

⁶⁷⁾ Siehe FN 56.

⁶⁸⁾ RGZ 163, 164, 172 f.

⁶⁹⁾ Das wurde auch klar erkannt, vgl. vor allem Nerreter GRUR 1933, 747, 752 f und Rasch KartR 1937, 114, 120.

⁷⁰⁾ Vgl. einerseits Schumann GRUR 1934, 79, 87; andererseits Baumbach MuW 1934, 262 f.

§ 9. OFFENE ABKEHR VOM REINEN MITBEWERBERSCHUTZ:
ANSÄTZE ZU EINER SOZIALRECHTLICHEN BE-
TRACHTUNGSWEISE

Nachdem Formulierungen einiger früherer Urteile ¹⁾, die einen gleichberechtigten Schutz von Wettbewerber- und Allgemeininteressen nahelegten, zunächst ohne erkennbare Resonanz blieben, zeigten sich erste Ansätze zu einer offen gemeinschaftsorientierten Auslegung der wettbewerblichen guten Sitten etwa Mitte der zwanziger Jahre. Ein Meilenstein in dieser Entwicklung ist - wie oben (§ 1 II 3) bereits gezeigt - die Rechtsprechung zur Klagebefugnis der Mitbewerber und Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG gewesen. Daß sie nicht allein zur Entdeckung des Allgemeininteresses geführt hat, ist oben (§ 1 II 2) auch schon skizziert worden; eine Analyse dieser weiteren Umstände vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung folgt an dieser Stelle nach. Neben der Rechtsprechung zur Klagebefugnis lassen sich zwei weitere Wendemarken für den Kurswechsel der Rechtsprechung hervorheben: Die stärkere Betonung sozialpolitischer Argumente, insbesondere des Verbraucherschutzes (I), und die Begrenzung von Kartellmacht im Allgemeininteresse (II).

I. VERBRAUCHERSCHUTZ UND SOZIALPOLITIK

1. Schutz der Verbraucher in ihrer Entschlußfreiheit
und geschäftlichen Unerfahrenheit

Kennzeichnend für die damalige Zeit war ein zunehmend schärferer Wettbewerbskampf um den Kunden. Immer wirksamere Werbemethoden wurden erdacht, um die Verbraucherentscheidung zu beeinflussen. Insbesondere Gratisver-

1) RGZ 79, 321, 327 (1912); RG MuW XV, 48, 49 (1914);
RGZ 108, 272, 274 (1924); vgl. oben §.3 zu FN 3 und 5.

losungen, Preisausschreiben sowie verwandte Verkaufsförderungsmaßnahmen, die auf die Unerfahrenheit und Spielleidenschaft der Verbraucher abzielten, waren sehr beliebte und allgemein praktizierte Werbeformen. Wenn die Rechtsprechung dieser Entwicklung in ihren Auswüchsen mit Hilfe der wettbewerblichen guten Sitten Einhaltung gebieten wollte, so lieferte der Mitbewerberschutz allein keine überzeugende Begründung mehr; vielmehr mußten die in der Hauptsache betroffenen Verbraucher, bis dahin von der herrschenden Kommentarliteratur zum bloßen Spielball der Mitbewerber erniedrigt, zu einem mindestens gleichwertig geschützten Personenkreis erhoben werden. Die scheinbare Identität von Mitbewerber- und Verbraucherinteresse, von Individual- und Allgemeinheitsschutz war angesichts der zunehmend aggressiven Verkaufswerbung nicht mehr vertretbar.

Verbraucherschützende Erwägungen stellte das Reichsgericht erstmals im Jahre 1926 an. Es nahm in einem Fall progressiver Kundenwerbung - Fahrräder wurden derart zum Kauf angeboten, daß der Käufer durch Vermittlung vier weiterer Kunden den Kaufpreis abbezahlen konnte - einen Sittenverstoß nach § 1 UWG an, da dieses Vertriebssystem eine "Spekulation auf die Unüberlegtheit und Torheit des Publikums" darstelle; die "wirtschaftlichen Interessen gerade solcher Volkskreise, die der wirtschaftlichen Fürsorge am meisten bedürfen" seien betroffen. Es handele sich nicht um ein ehrliches Mittel des Warenabsatzes, sondern um ein "schon vom wirtschaftlichen Standpunkt verwerfliches Mittel" ²⁾.

In einem anderen Fall ³⁾ wurde eine Kundenwerbung des-

2) RGZ 115, 319, 330 - progressive Kundenwerbung.

3) RG JW 1928, 1210 - Gütermann-Nähseide. In Zeitungsanzeigen war angekündigt worden, daß insgesamt 30.000,-- RM in 10 bis 1000 RM-Scheinen in Nähseidenröllchen der betreffenden Firma versteckt seien.

halb nach § 826 BGB ⁴⁾ als sittenwidrig beurteilt, weil durch die konkrete Form der Werbung die Spiel-leidenschaft der Verbraucher ungebührlich ausgenutzt werde, so daß "unwirtschaftliche Käufe" zu befürchten seien.

In einer späteren Entscheidung aus dem Jahre 1930 ⁵⁾ stellte das Reichsgericht erneut den Schutz sozial-schwacher Kreise in den Vordergrund. Es beurteilte eine als "Gratisangebot" aufgemachte Zeitungsanzeige, die eine wirklich unentgeltliche Lieferung aber nicht in Aussicht stellte, wegen des damit verbundenen Anlock-effekts besonders für die geschäftlich unerfahrenen Werbeadressaten als unlauter. Wohl, um sich von einem 1 1/2 Jahre zuvor ergangenen Urteil ⁶⁾ abzusetzen, das bei einem im wesentlichen gleichgelagerten Sachverhalt zum umgekehrten Ergebnis gelangt war, verwies das Gericht zusätzlich auf die "schwer ringenden Zeiten, wie sie bei uns seit Jahren herrschen und gerade auch diejenigen Bevölkerungskreise treffen, an die sich die Zeitungs-ankündigungen klassischer Werke der Literatur durch die Beklagte vorzugsweise wenden" ⁷⁾.

Gratisverlosungen ⁸⁾ und Preisausschreiben ⁹⁾ wurden vom Reichsgericht dagegen recht großzügig beurteilt. Sie galten auch dann als lauter, wenn die Kunden zur Entgegennahme der Lose bzw. Teilnahmebedingungen sowie

4) Das RG hat zwar nur den § 826 BGB geprüft; da hier aber eine Handlung "zu Zwecken des Wettbewerbs" vorliegt, gehört das Urteil sachlich in den vorliegenden Zusammenhang.

5) RG JW 1930, 1687 - Schiller - Gedenkausgabe, mit zust. Anm. v. Wertheimer JW 1931, 450 f.

6) RG JW 1928, 2364 - Brehms Tierleben.

7) RG JW 1930, 1687, 1689 f.

8) RG JW 1931, 451 - "1500 Lose".

9) RG GRUR 1931, 278 - Kinderwettbewerb.

der Preise die Geschäftsräume des Veranstalters betreten mußten ¹⁰⁾. Das OLG Düsseldorf ¹¹⁾ und das OLG Dresden ¹²⁾ hatten darin noch eine unzulässige Beeinträchtigung der Entschlußfreiheit der Kunden gesehen und diese Werbeformen als unlauteres Anreißer verurteilt ¹³⁾. Das Reichsgericht vermochte jedoch "dem sog. Gewissenszwang, in den die Losentnehmer versetzt werden sollen, keine entscheidende Bedeutung beizulegen" ¹⁴⁾, wengleich es erkennbar von einem Schutz "sowohl des Publikums als auch der Mitbewerber" ausging ¹⁵⁾.

2. Schutz der Verbraucher gegen Gesundheitsgefahren

Hatte sich das Reichsgericht in der Anfangsperiode "gesundheitsspolizeilichen" Erwägungen im Rahmen des § 1 UWG noch bewußt verschlossen ¹⁶⁾, so stellte es nunmehr fest, ein Sittenverstoß könne "zweifellos gegeben sein, wenn im geschäftlichen Verkehr mit Lebensmitteln ein Wettbewerber sich dadurch Absatzvorteile vor seinen Mitbewerbern zu verschaffen sucht, daß er zum Schutze der Verbraucher gegen Gesundheitsschädigung oder Übervorteilung erlassenen gesetzlichen Bestimmungen zuwiderhandelt" ¹⁷⁾. Bereits einige Jahre zuvor hatte das OLG Düsseldorf ¹⁸⁾ das Betreiben eines Milchhandels ohne die vorgeschriebene gewerbepolizeiliche Erlaubnis für sittenwidrig erklärt, weil es sich hierbei um eine Mißachtung des "gesundheitsspolizeilichen Schutzes" handele.

¹⁰⁾ Ebenso OLG Stettin, JW 1929, 3097; KG GRUR 1931, 1121f.

¹¹⁾ JW 1931, 474, 475.

¹²⁾ Vorinstanz zu RG JW 1931, 451 - "1500 Lose", zit. nach ebda. S. 452 f.

¹³⁾ Vgl. auch OLG Hamm MuW 1931, 288.

¹⁴⁾ RG JW 1931, 451, 453; vgl. auch RG GRUR 1931, 278, 279.

¹⁵⁾ RG GRUR 1931, 278, 279; vgl. auch RG JW 1931, 451, 454.

¹⁶⁾ Vgl. RGZ 77, 220.

¹⁷⁾ RG MuW 1932, 83, 84. "Volks-gesundheitliche Gründe" ließ das Reichsgericht auch bereits im Kokain-Fall des Jahres 1927 gelten; dort ging es allerdings nur um die Gültigkeit von Verträgen nach § 138 BGB, vgl. RG JW 1927, 2288.

¹⁸⁾ JW 1929, 3094.

3. Das Interesse der Allgemeinheit an der Durchführung des Tarifrechts

Einen Sonderfall behandelt eine Entscheidung aus dem Jahre 1927. Das Reichsgericht sah ein durch untertarifliche Entlohnung der Angestellten ermöglichtes Preisunterbieten wegen des dadurch vor den tariftreuen Mitbewerbernerlangten Wettbewerbsvorsprungs als unlauter an ¹⁹⁾. Das Kammergericht hatte in der Vorinstanz sein gleichlautendes Urteil auch darauf gestützt, daß die Allgemeinverbindlichkeitserklärung ein Mittel zur Aufrechterhaltung gesunder sozialer Verhältnisse darstelle, dem Interesse der Gesamtwirtschaft sowie der staatlichen Ordnung diene und die Ausnutzung mißlicher Verhältnisse am Arbeitsmarkt zugunsten der wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer verhindern solle ²⁰⁾. Das Reichsgericht beschränkte sich insoweit auf eine kommentarlose Wiedergabe der Gründe des Berufungsurteils, betonte aber im Rahmen der Vorsprungsargumentation den unlauteren Gesamtcharakter der Wettbewerbsbehandlung ²¹⁾. Ulmer ²²⁾ sah in dieser Entscheidung ein Beispiel dafür, daß sich ein Wandel von einer individualethischen zu einer sozialetischen Beurteilung des UWG vollzogen habe.

II. BEGRENZUNG VON KARTELLMACHT IM ALLGEMEININTERESSE

Einen vorläufigen Höhepunkt erreichte der "Einbruch des Gemeinschaftsgedankens" ²³⁾ im sog. Benrather Tankstellenfall aus dem Jahre 1931 ²⁴⁾. Dieses Urteil ließ zum ersten Mal ungeschminkte Kritik an den Kartellen und an

19) RGZ 117, 16, 22.

20) RGZ 117, 16, 20.

21) RGZ 117, 16, 22.

22) GRUR 1937, 769, 771.

23) Vgl. Ulmer GRUR 1937, 769, 771.

24) RGZ 134, 342 - Benzinkampf.

dem von diesen ausgeübten Organisationszwang laut werden; trotz Betonung der grundsätzlichen Zulässigkeit des Kartellzwangs ²⁵⁾ zog es die Grenze des Erlaubten mit Hilfe der §§ 1 UWG, 826 BGB enger. Zur Auslegung der guten Sitten berief sich das Reichsgericht dabei auf eine veränderte Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Nützlichkeit der Kartelle, auf die wirtschaftliche Notlage und die daraus geborenen staatlichen Bestrebungen nach Preissenkung.

1. Erster Gegensatz von Allgemeininteresse und Kartellinteresse

Eine differenziertere Beurteilung des Kartellwesens hatte sich bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1926 ²⁶⁾ angekündigt. Der beklagte Automobilhändler - Verband hatte seine Mitglieder zum Boykott eines Herstellers von Ketten aufgerufen, da dieser die Ketten auch direkt an Private verkaufte. Das Gericht sah in dem Boykott einen Verstoß gegen §§ 1 UWG, 826 BGB, weil das "rigorose Vorgehen" des Verbandes in keinem Verhältnis zu der Handlungsweise der Herstellerfirma stehe; deren Direktverkauf schädige die Händler kaum, liege aber "im Interesse der Allgemeinheit, die dadurch schneller und prompter beliefert" werde ²⁷⁾. Hier wird also zum ersten Mal ein Gegensatz von Allgemeininteresse und Kartellinteresse sichtbar.

25) RGZ 134, 342, 348 f.

26) RG KartR 1926, 407.

27) RG KartR 1926, 407, 409, 411.

2. Benrather Tankstellenfall

Die hier nur angedeutete Entwicklung einer Begrenzung von Kartellmacht mit Hilfe einer mehr gemeinschaftsorientierten Auslegung der wettbewerblichen "guten Sitten" wurde dann mit aller Deutlichkeit im Tankstellenurteil vollzogen. Ein Tankstellenbesitzer, der die Preise des bestehenden Kartells aufgrund eigener niedriger Gestehungskosten unterbot, sollte von diesem durch planmäßiges Preisunterbieten auf lokaler Ebene gezwungen werden, seine Preise den höheren Preisen des Kartells anzupassen. Trotz der scharfen Kritik des Schrifttums ²⁸⁾ an dem im Tenor und in den tragenden Gründen übereinstimmenden vorinstanzlichen Urteil ²⁹⁾ erklärte das Reichsgericht die planmäßige Vernichtungsunterbietung des Benzinkartells für sittenwidrig nach §§ 1 UWG, 826 BGB. Das Gericht sah darin einen "typischen Fall des sog. Behinderungswettbewerbs", wobei es sich das Einteilungsschema des Prozeßgutachtens von Nipperdey ³⁰⁾ zu eigen machte, aber zu einer entgegengesetzten Bewertung wie dieser kam. Die Mitglieder des Benzinkartells, so führt das Reichsgericht aus, hätten nicht etwa das Publikum durch die Preiswürdigkeit ihrer Leistung als Kunden gewinnen und damit in einen echten Wettbewerb mit dem Außenseiter treten wollen; vielmehr hätten sie dem Außenseiter, der wegen seiner geringeren Gestehungskosten keineswegs Schleuderpreise mache, die

28) Callmann MuW 1929, 570, 571 f; ders. JW 1930, 1647, 1649 f; Baumbach MuW 1930, 2 ff; Reinhardt MuW 1930, 468, 469 f wollen sogar den Zweck des Preiskampfes ganz außer acht lassen und sehen selbst eine Vernichtungsunterbietung als zulässig an. Zustimmend allein Kaiser MuW 1930, 390, 393.

29) OLG Düsseldorf GRUR 1929, 1386.

30) Vgl. Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung (1930), 16. Dazu näher oben § 5 II 4.

Beteiligung am Wettbewerb "durch ein künstlich und möglichst rasch durchgeführtes Manöver" unter allen Umständen unmöglich machen wollen; zu diesem Zweck hätten sie "das Publikum durch Unterbieten "koste es, was wolle" von ihm abgezogen, um hinterher, nach Be-seitigung des Klägers, sofort zu ihren alten oder zu noch höheren Preisen zurückzukehren" 31).

Erwarteter Kritik aus dem Schrifttum versucht das Reichsgericht dann mit den folgenden Ausführungen zu-vorzukommen:

"Es ist nicht ausgeschlossen , daß ein solches Verhalten in weiter zurückliegenden Zeiten milder beurteilt worden wäre, etwa von dem Standpunkt aus, daß der Kläger die Folgen seines Widerstands gegen die Annahme der höhe-ren Preise, die ihm möglicherweise keinen erheblichen Schaden gebracht hätte , tragen müsse und daß das Vorgehen der Beklagten daher nicht als Verstoß gegen die Grundsätze des lauterer Geschäftsverkehrs angesehen werden könne. Aber der Rechtsbegriff des Verstosses ge-gen die guten Sitten ist ... nicht starr und unabänder-lich. Mit der Entwicklung des wirtschaftlichen, sitt-lichen und geistigen Lebens des Volkes hat sich das Bewußtsein von der Notwendigkeit gesteigerter Anforderun-gen an die Lauterkeit des Verhaltens aller am Wirt-schaftsleben Beteiligten allgemein durchgesetzt. Das Gefühl für das, was Anstand und Sitte im Geschäftsver-kehr fordern, ist feiner geworden. Die Rechtsprechung folgt pflichtgemäß dieser Entwicklung. Diese ist auch nicht unbeeinflusst geblieben von der Schaffung starker wirtschaftlicher Machtkörper durch Zusammenfassung vieler Einzelunternehmungen zu Kartellen, Syndikaten, Trusts und dergleichen und von dem starken wirtschaftlichen Druck, den diese Zusammenballungen auf den-wirtschaft-lich gesehen - fast wehrlosen einzelnen ausüben" 32).

31) RGZ 134, 342, 353 f.

32) a.a.O. 355 f.

Hier tritt bereits deutlich zutage, wie sich die frühere bedingungslose Kartellgläubigkeit in Skepsis verwandelt hat: Die gesamtwirtschaftliche Nützlichkeit der Kartelle ist kein unbestreitbares "Naturgesetz" mehr. Am Ende stellt das Gericht die Entscheidung gar noch auf ein "zweites Bein":

"Von allergrößter Bedeutung für die - übrigens schon bejahte - Frage, ob den Beklagten eine Sittenwidrigkeit zur Last fällt, ist aber auch die zur Zeit in unserem ganzen Volk herrschende ungeheure wirtschaftliche Not. Schwerste Opfer werden von jedem einzelnen im Interesse des Volksganzen gefordert. Es gilt ein Notrecht ... zum Zweck der Senkung der allgemeinen Lebenshaltungskosten und der sonstigen privaten sowie der öffentlichen Ausgaben. Im Rahmen dieser Verhältnisse könnte es unmöglich als mit der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden vereinbar bezeichnet werden, daß ein auf gesunder wirtschaftlicher Grundlage aufgebauter kaufmännischer Betrieb von einer kapitalistisch übermächtigen Gruppe vor die Wahl gestellt wird, entweder vernichtet zu werden oder seine Preise auf den Stand derjenigen der Gruppe zu erhöhen, weil diese sonst ihrer Gestehekosten wegen nicht konkurrieren könnte. Dabei handelt es sich um einen Treibstoff für Kraftmaschinen und Fahrzeuge, also um einen lebenswichtigen Bedarfsgegenstand" 33).

3. Die "Not der Zeit"

Diese Ausführungen werden erst recht verständlich, wenn man sich die Zeitumstände vergegenwärtigt. Das Tankstellenurteil erging auf dem Höhepunkt der Weltwirtschaftskrise, deren Hauptkennzeichen Massenarbeitslosigkeit und der Zusammenbruch des internationalen Warenverkehrs waren. Das damalige Kabinett Brüning versuchte durch eine strikte

33) a.a.O. 356.

Deflationspolitik Herr der Krise zu werden ³⁴⁾ und erließ zahlreiche Notverordnungen, die auf eine allgemeine Senkung der Produktions- und Lebenshaltungskosten abzielten. So war gerade 10 Tage vor Erlaß des Urteils, am 8.12.1931, die 4. Notverordnung "zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens" ³⁵⁾ ergangen, die u.a. anordnete, daß gebundene Preise zur Anpassung an die veränderte Wirtschaftslage bis zum 1.1.1932 um mindestens 10 % gegenüber dem Stand vom 30.6.1931 zu senken seien. Ferner enthielt die Verordnung ein Verbot neuer Preisbindungen und kartellähnlicher Abreden. Das Recht der Kartelle, Vertragsstrafen wegen Unterschreitung von Kleinverkaufspreisen zu verhängen, wurde aufgehoben. Schließlich wurde "zum Schutz der Bevölkerung gegen Überteuerung von Preisen für lebenswichtige Gegenstände des täglichen Bedarfs" ein Preiskommissar für die Preisüberwachung bestellt, der von der Reichsregierung ermächtigt wurde ³⁶⁾, Preissenkungen vorzuschreiben und zuwiderhandelnde Betriebe zu schließen. Bereits mit der Kartellnotverordnung vom 26.6.1930 ³⁷⁾ war die bisherige, völlig unzureichende Kartellaufsicht nach § 4 der Kartellverordnung von 1923 ³⁸⁾ auf Preisbindungen der zweiten Hand sowie auf rein tatsächliche Handlungen, z.B. unverbindliche Preisempfehlungen, erstreckt worden; die Ausführungsverordnung dazu vom 30.8.1930 ³⁹⁾ untersagte derartige Preisbindungen und verbot, Handlungen vorzunehmen, die den gleichen wirtschaftlichen Erfolg hatten.

34) Vgl. dazu Kroll, Die deutsche Wirtschaftspolitik in der Weltwirtschaftskrise, bei Born, Moderne deutsche Wirtschaftsgeschichte (1966), 398 ff.

35) RGBI I 699.

36) In Verbindung mit der Verordnung über die Befugnisse des Reichskommissars für Preisüberwachung vom 8.12.1931 (RGBI I 747/48).

37) RGBI I 311.

38) Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923 (RGBI I 1067 ff, 1090).

39) Ausführungsverordnung über Aufhebung und Untersagung von Preisbindungen vom 30.8.1930, abgedruckt bei Callmann, Kartellrecht (1934), 10.

Den Notverordnungen lag die damals weit verbreitete Vorstellung zugrunde, daß die gebundenen Preise, also jene Preise, die durch Kartelle oder Monopole hochgehalten wurden, ein besonderes Hindernis für die Bereinigung der Krise seien. Preisbindungen, so glaubte man, verhinderten die allgemeine Senkung der Produktionskosten und seien damit einer der Hauptstörfaktoren im Selbstreinigungsprozeß der Wirtschaft ⁴⁰⁾. Wie die zitierten Formulierungen des Reichsgerichts im Tankstellenfall zeigen, haben diese neuen wirtschaftspolitischen Vorstellungen, nämlich die staatlichen Bestrebungen nach Preissenkung wie auch die veränderte Einstellung gegenüber den Kartellen, in diesem Fall die Auslegung der "guten Sitten" ganz entscheidend mitbestimmt.

4. Fortdauernd positive Einstellung gegenüber Preisbindungen

Trotz wirtschaftlicher Not und staatlich verordneter Preisreglementierung blieb allerdings die grundsätzlich positive Einstellung der Rechtsprechung gegenüber den Preisbindungen erhalten. Durch äußerst restriktive Handhabung der Kartellverordnung und der Kartellnotverordnung einschließlich der Ausführungsverordnung vom 30.8.1930 wurde bezüglich der Preisbindungssysteme praktisch ein Leerlauf dieser Vorschriften bewirkt. So stellte das Reichsgericht fest, daß "vertragliche Preis- und sonstige Absatzbindungen, die ein einzelner Unternehmer als solcher mittels einer Vielzahl von selbständigen Individualverträgen dem einzelnen seiner gewerblichen Abnehmer auferlegt (sog. autonome Preis- und sonstige Bindungen der zweiten Hand)", nicht als Kartell- oder kartellähnliche Abrede nach § 1 Kartellverordnung angesehen werden könnten, da es an der von

40) Vgl. Kroll (FN 34), 403 f.

§ 1 Kartellverordnung angeblich geforderten "gesellschaftlichen oder körperschaftsrechtlichen Organisation und Zusammenfassung der Beteiligten" fehle ⁴¹⁾. Auch die Kartellnotverordnung habe daran nichts geändert ⁴²⁾. Diese Rechtsprechung findet eine Erklärung nur darin, daß eben hier - entgegen den Vorstellungen des Notverordnungsgebers - immer noch die Überzeugung von der gesamtwirtschaftlichen Nützlichkeit der Preisbindungen vorherrschend war und folglich bei aller Anerkennung staatlicher Bestrebungen nach Preissenkung in der Aufrechterhaltung der Preisbindungssysteme das kleinere Übel gegangen wurde. Preisbindungen, so glaubte man, verhinderten eine Übersteigerung des Wettbewerbs und dienten damit dem Schutz des durch Weltwirtschaftskrise und Inflation existenzbedrohten Mittelstands (vgl. dazu auch im folgenden: § 1o III 4 c, cc).

Die Unterbietung preisgebundener Markenwaren wurde folglich weiterhin als unlautere "Preisschleuderei" bekämpft, während die "segensreiche Wirkung" der Preisbindung betont wurde ⁴³⁾. Zuweilen wurde die Einschränkung gemacht, daß Preisbindungen nicht zu "künstlicher Preishochhaltung" führen dürften ⁴⁴⁾; ein solcher Fall ist jedoch nicht bekannt geworden. Zumeist stand der Schutz des betreffenden Gewerbes vor "Hungerlöhnen" im Vordergrund ⁴⁵⁾. So hat denn auch das OLG Kiel die Unterbietung von Preisen im Kohlenkleinhandel wegen des gemeinwirtschaftlichen Interesses und des Interesses der Verbraucher an der Erhaltung eines leistungsfähigen Kohlenhandels für unlauter erklärt. ⁴⁶⁾

41) Vgl. RG GRUR 1931, 1295, 1296; RGZ 133, 51, 56.
Vgl. auch KG GRUR 1930, 1053, 1055.

42) RG GRUR 1931, 1295, 1296 f.

43) Vgl. KG GRUR 1930, 1053, 1054.

44) OLG Kiel JW 1931, 475, 476; vgl. auch noch RG GRUR 1937, 383, 389 - Straßenhandel.

45) So KG GRUR 1930, 1053, 1054.

46) JW 1931, 475, 476.

§ 10. DER VORRANG DES ALLGEMEININTERESSES IM NATIONALSOZIALISMUS

I. DAS "NEUE RECHTSDENKEN"

Das "Ob" einer Berücksichtigung des Allgemeininteresses konnte unter der Herrschaft des Nationalsozialismus mit seinem Anspruch auf totale staatliche Erfassung aller Bereiche nicht mehr zweifelhaft sein.

1. Funktionale Ausrichtung des Rechts

Das "neue Rechtsdenken" war einzig und allein darauf ausgerichtet, diesen Totalitätsanspruch mit den Mitteln des Rechts zu verwirklichen. Die rein funktionale Ausrichtung des Rechts an den politisch-ideologischen Zielen staatlicher Machtausübung zeigt sich in Phrasen wie "Du bist nichts, Dein Volk ist alles", "Gemeinnutz geht vor Eigennutz" und "Alles, was dem Volk nützt, ist recht; alles was ihm schadet, ist unrecht" ¹⁾. Gerade die Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe erschienen nun besonders geeignet, um - mit Hilfe der NS-Schlagwort-Ideologie - den neuen politischen Wertvorstellungen der nationalsozialistischen Machthaber Rechtsgeltung zu verschaffen; sie wurden als Einfallstore für das "neue Rechtsdenken" und das "gesunde Volksempfinden" gefeiert ²⁾.

- 1) Vgl. die Zusammenstellung wörtlicher Literaturzitate bei Rüthers, Unbegrenzte Auslegung (1968), 118 ff; vgl. auch Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abt. (1950), 154 f, 202 f, 207 ff.
- 2) Vgl. statt aller C. Schmitt JW 1934, 713, 717 und JW 1933, 2793 f; weitere zahlr. Nachw. bei Rüthers (FN 1), 214, FN 6; vgl. auch die Kritik bei Boehmer (FN 1), 214 ff.

2. Wirtschaftsrecht

Von der Totalität des staatlichen Machtanspruchs blieb auch das wichtige Gebiet der Wirtschaft nicht verschont. Die Wirtschaft hatte sich "einzugliedern in das Ganze des völkischen Lebens" ³⁾. Dem Staat - und damit der Partei - wurde der Vorrang beim Ordnen der Wirtschaftsverhältnisse eingeräumt ⁴⁾. Folglich wurde im Wege der sog. "ständischen Gliederung" eine staatliche Wirtschaftsaufsicht und -lenkung eingeführt ⁵⁾. Besondere Behörden mit umfassenden Weisungsbefugnissen wurden eingerichtet ⁶⁾.

Neben der politischen Führung erschien die Rechtsordnung als das wichtigste Mittel des Staates, "gestaltend auf die Wirtschaft einzuwirken" ⁷⁾. Eine das ganze Wirtschaftsleben erfassende "zentrale Marktordnung" wurde angestrebt ⁸⁾. So wurden die Kartelle im Wege der Errichtung von Zwangskartellen zu Instrumenten staatlicher Wirtschaftspolitik umgeformt ⁹⁾. Durch das Gesetz über Wirtschaftswerbung vom 12.9.1933 ¹⁰⁾ wurde das gesamte Reklamewesen unter staatliche Aufsicht gestellt; die Aufsicht wurde ausgeübt durch den auf Grund dieses Gesetzes

3) Vgl. Hedemann, Deutsches Wirtschaftsrecht (1939), 11.

4) Vgl. Hedemann (FN 3), 26 ff; Brinkmann, Staat und Wirtschaft, in: Wirtschaftspolitik aus national-sozialistischem Kraftquell (1939), 193, 195.

5) Vgl. Hedemann (FN 3), 189 ff, 351 ff.

6) Vgl. Hedemann (FN 3), 49 ff, 131 ff m.w. Einzelh.

7) Vgl. Hedemann (FN 3), 60.

8) Vgl. Hedemann (FN 3), 122 ff.

9) Vgl. das Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen vom 15.6.1933, RGBl I 488, abgedruckt bei Callmann, Kartellrecht (1934), 16.

10) RGBl I 525; abgedruckt bei Reimer, Kommentar, 2. Bd. (1935), 909.

konstituierten und mit umfangreichen Befugnissen ausgestatteten Werberat der deutschen Wirtschaft. Jede Wirtschaftswerbung bedurfte grundsätzlich seiner Genehmigung; er konnte allgemeine Grundsätze und Richtlinien erlassen, die bei der Gestaltung der Werbung zu beachten waren ¹¹⁾. Die bereits in den letzten Jahren der Weimarer Republik erkennbar gewordenen Bestrebungen nach staatlicher Preisreglementierung wurden zu Ende geführt; es wurde ein umfangreiches Preisrecht geschaffen ¹²⁾. Unter bestimmten Voraussetzungen wurde ein Verkauf unter Selbstkosten verboten ¹³⁾.

II. DIE NEUE FUNKTION DER WETTBEWERBSRECHTLICHEN GENERALKLAUSEL

Der angestrebten Gleichrichtung der Wirtschaft mit den herrschenden politischen Zielen sollte auch die Gute-Sitten-Klausel des Wettbewerbsrechts dienen ¹⁴⁾. Die von Hedemann noch 1933 beschworenen Gefahren einer "Flucht in die Generalklauseln" ¹⁵⁾ wurden bagatellisiert oder

11) Einzelheiten zur "Gängelung" der Wirtschaftswerbung bei Troeger, Das gesamte Recht der Wirtschaftswerbung (1936); Reimer (FN 10), 909 ff; Hedemann (FN 3), 113 ff; Lobe GRUR 1936, 209; Utescher GRUR 1936, 5, 7.

12) Vgl. die Zusammenstellung der nahezu unübersehbaren Verordnungen und Erlasse bei Hedemann (FN 3), 92 und 244 ff; als herausragend sei hier nur die Preisstopverordnung vom 26.11.1936 (RGBl I 955) erwähnt.

13) Verordnung über Wettbewerb vom 21.12.1934 (RGBl I 1280); vgl. dazu Hedemann (FN 3), 114 f.

14) Vgl. Gütebier JW 1934, 1091, 1092.

15) Der vollständige Titel der Schrift Hedemanns lautet: "Die Flucht in die Generalklauseln - eine Gefahr für Recht und Staat".

überhaupt geleugnet: Die Generalklausel habe durch die "neue Wirtschaftsethik" eine "wesentlich klarere Rechtsanwendungs-Grundlage gewonnen" ¹⁶⁾; das "rassebedingte" und vom nationalsozialistischen Geist getragene "Sittlichkeitsbewußtsein des Deutschen Volkes" sei gegenständlicher und klarer als das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" ¹⁷⁾. Auf dem Gebiet der Werbung wurden in Richtlinien des Werberates und in den Anordnungen der Leiter der zuständigen Wirtschaftsgruppen Erkenntnisquellen dafür gesehen, was dem "gesunden Volksempfinden" entspreche ¹⁸⁾. Als ein wesentlicher Bestandteil des nationalsozialistischen Gedankenguts wurde die "volksverbundene Leistung", das Leistungsprinzip hingestellt ¹⁹⁾. Auch davon sollten aber Ausnahmen im Interesse der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls gemacht werden können ²⁰⁾; ein derartiges Überwiegendes Interesse der Gesamtheit wurde z.B. in der Aufrechterhaltung eines leistungsfähigen Mittelstandes gesehen ²¹⁾. In jedem Fall sollte das - durch die nationalsozialistische Volksanschauung interpretierte - Gemeinwohl den Vorrang vor dem "Eigennutz" des einzelnen

16) Tschierschky KartR 1935, 864, 869; vgl. auch Larenz ZHR 100 (1934), 380.

17) Utescher GRUR 1936, 5, 12, 14.

18) Zu ersterem vgl. Lobe GRUR 1936, 209, 220; Utescher GRUR 1936, 5, 14; OLG Köln JW 1938, 2029, 2030 - Die lachende Kochkunst. Zu letzterem vgl. RG GRUR 1938, 849, 853 - Eierbriketts.

19) Gütebier JW 1934, 1091, 1092 f; Utescher GRUR 1936, 5, 13; Hoffmann JW 1936, 153, 157; Elster ZAKDR 1935, 614, 615; Jäger, Das gemeine Wohl als Rechtsgut des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (1935), 59; C. Schmitt JW 1933, 2793 f.

20) Gütebier a.a.O., 1094; zust. Tschierschky, KartR 1935, 864, 869.

21) Gütebier a.a.O., 1094.

haben und letztes Entscheidungsprinzip sein: "Was dem Volke nützt, ist sittlich" ²²⁾. Rasch ²³⁾ kommt folgerichtig zu dem Ergebnis, daß eine Entscheidung nach § 1 UWG letztlich nur richtig sei, wenn sie "Ausdruck der konkreten Machtlage" sei ²⁴⁾.

III. PRAKTISCHE HANDHABUNG DER GENERALKLAUSEL

1. Vorrang des Allgemeininteresses

Seit der Machtergreifung des Nationalsozialismus wurde es üblich, das Wesen eines Verstoßes gegen die "guten Sitten" unter Rückgriff auf die "nationalsozialistische Weltanschauung" ²⁵⁾, das "heutige Rechtsempfinden" ²⁶⁾, das "gesunde Volksempfinden" ²⁷⁾ oder ähnliche Formeln zu bestimmen. Änderungen der bisherigen Rechtsprechungspraxis wurden auf die Wandelbarkeit der "guten Sitten" zurückgeführt ²⁸⁾.

22) Vgl. Hecht, Wettbewerbsrecht und neues Warenzeichenrecht (1937), 11; Rasch KartR 1937, 114, 121; Utescher GRUR 1936, 5, 12; Gütebier JW 1934, 1091, 1092; Jäger a.a.O. 43; Elster KartR 1934, 375, 377; ders. ZAKDR 1935, 614, 615; Lobe GRUR 1936, 209, 219. Zurückhaltender Tschierschky, KartR 1935, 864, 868, FN 4; Nerreter, Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts (1936), 61; Ulmer GRUR 1937, 769, 772, die wohl alle auf einen gleichwertigen Schutz abstellen.

23) KartR 1937, 114, 121.

24) Zum Verhältnis von Recht und Macht im Nationalsozialismus vgl. auch Rüthers (FN 1), 105.

25) Z.B. RGZ 150, 1, 4 (zu §§ 138, 826 BGB).

26) Z.B. RGZ 149, 224, 228 - Präservativwerbung.

27) Z.B. RGZ 163, 164, 173 - Coramin; RG GRUR 1936, 810, 812 - Diamantine; RG GRUR 1938, 207, 209 - Persil.

28) Z.B. RG GRUR 1933, 507, 508 - Dunlop; RGZ 147, 1, 7 - Adressiermaschinen.

Entsprechend festigte sich die Rechtsprechung, daß auch die Allgemeinheit und die Verbraucher durch das UWG geschützt seien. Den öffentlichen Interessen wurde nunmehr in zahlreichen Fällen unmittelbare Bedeutung bei der Bildung wettbewerbsrechtlicher Verhaltensnormen nach § 1 UWG zuerkannt ²⁹⁾. Zwar konnte das Reichsgericht insoweit auf die zur erweiterten Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG aufgestellten Formeln verweisen, so daß sich die versteckte Betonung des Allgemeininteresses als kontinuierliche Fortentwicklung überlieferter Rechtsprechungsgrundsätze darstellte; in Wahrheit bestand jedoch ein prinzipieller Unterschied: Da ein Gegensatz von "richtig verstandenem" Privatinteresse und Allgemeininteresse von den Verwaltern des "neuen Rechtsdenkens" überhaupt geleugnet wurde ³⁰⁾, stand das Allgemeininteresse nicht mehr neben, sondern über dem Privatinteresse und wurde praktisch zum alleinigen Gradmesser wettbewerblichen Handelns. Das Reichsgericht erkannte denn auch folgerichtig: "An erster Stelle steht im nationalsozialistischen Staat das Wohl der Volksgemeinschaft" ³¹⁾. Der Primat des Gemeinnutzes bedeutete seinerzeit nichts anderes, als daß die Generalklausel des § 1 UWG in den Dienst der politischen Machtausübung gestellt wurde und von dieser Zweckbestimmung her, also

29) Außer den im folgenden genannten Entscheidungen vgl. noch RGZ 145, 396, 398 ff - Bestattungswerbung; RG GRUR 1934, 126 = JW 1934, 290, 292 - Kündigungshilfe I; RG GRUR 1936, 627, 632 - Kündigungshilfe II.

30) So z.B. Gütebier JW 1934, 1091, 1093, FN 13; vgl. auch RGZ 149, 224, 228: "Ganz abgesehen davon, daß nur die Mitberücksichtigung der Belange der Allgemeinheit dem heutigen Rechtsempfinden entspricht, stimmen die Belange der lauterer Mitbewerber mit denen der Allgemeinheit überein". Dazu Boehmer (FN 1), 202 f.

31) RG GRUR 1937, 66, 70 - Hindenburgbrille. Unter Hinweis auf diesen "Grundsatz" wurde eine Erweiterung der Schutzrechte des Erfinders über die Schutzfrist hinaus auf dem Umweg über das Wettbewerbsrecht abgelehnt.

mit Bezug auf das politisch intendierte Ergebnis, auszu-
legen war. § 1 UWG wurde dementsprechend zur Verwirk-
lichung rassepolitischer, gesundheitspolitischer und
wirtschaftspolitischer Ziele eingesetzt.

2. Rassepolitische Wertungen

Mit welcher letzten Konsequenz diese "unbegrenzte Aus-
legung" betrieben wurde, zeigt der traurige Höhepunkt
der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht: Die Zulassung
des Hinweises auf die jüdische Abstammung eines Mitbe-
werbers. Noch 1936 hatte das Reichsgericht den Hinweis
auf den jüdischen Charakter eines Unternehmens für un-
lauter erklärt, da dieser Umstand mit der gewerblichen
Leistung des Unternehmens nichts zu tun habe ³²⁾. Offen-
sichtlich beeindruckt von der antijüdischen Hetzkampagne
und den antijüdischen Gesetzen und Verordnungen des
Herbstes 1938 änderte das Reichsgericht seine Meinung
mit Urteil vom 30.11.1938 ³³⁾. Zur Begründung gab das
Gericht an, der volksbewußte Deutsche wolle eine Ge-
schäftsverbindung mit Juden vermeiden. Er sei daher
dankbar für jeden "kameradschaftlichen Hinweis, der ihn
vor einem unerwünschten Vertrag mit einem Juden bewahrt".
Die Aufklärung in einer das ganze deutsche Volk be-
rührenden Frage könne vom Rechtsbewußtsein des deutschen
Volkes nicht mißbilligt werden. Darauf allein komme es
für die Frage eines Sittenverstößes nach § 1 UWG an ³⁴⁾.
Diese Grundsätze blieben für die weitere Rechtsprechung
des Reichsgerichts maßgebend ³⁵⁾.

Wie schon die - oben ³⁶⁾ im Zusammenhang behandelte -
Zulassung des Hinweises auf die Ausländereigenschaft, so

32) RGZ 150, 298, 307; vgl. auch RGZ 146, 169, 179.

33) JW 1939, 429; vgl. auch bereits OLG Hamburg vom
12. Okt. 1938, JW 1938, 3052.

34) RG JW 1939, 429, 430.

35) Z.B. RG DR 1939, 437.

36) § 8 II.

verfolgt auch die Zulassung des Hinweises auf die jüdische Abstammung des Mitbewerbers den Zweck, politisch unerwünschte Wettbewerber vom Markt zu vertreiben. War die Rechtsprechung in jenem Fall wirtschaftspolitisch motiviert, so stand in diesem Fall krasse NS-Rasse-Ideologie im Vordergrund.

3. Gesundheitspolitische Wertungen

Es war allgemein anerkannt, daß die "besonders wichtige Staatsfürsorge für die Förderung der Volksgesundheit" ³⁷⁾ bei der Anwendung des § 1 UWG zu beachten war.

So erwog das Reichsgericht, ob Belange der Volksgesundheit der Wirksamkeit einer Preisbindung für Brillengläser entgegenstünden. Nach der bemerkenswerten Feststellung, daß Brillengläser "Gegenstand des Bedarfs von Volksgenossen mit kranken oder schwachen Augen" seien, kam es allerdings zu dem Schluß, daß keine diesbezüglichen Bedenken gegen die Preisbindung bestünden, da die Versorgung der Bevölkerung mit Brillengläsern dadurch nicht erschwert werde ³⁸⁾.

Eine Abwägung gesundheitspolitischer und bevölkerungspolitischer Zielsetzungen nahm das Gericht in einem Fall der Werbung für Präservative vor ³⁹⁾. Die Vorinstanzen hatten eine Anpreisung von Präservativen schlechthin als unlauter angesehen. Denn die seit 1933 zum Durchbruch gelangte Wandlung der sittlichen Anschauungen im deutschen Volke verurteilte das früher nicht beanstandete hemmungslose geschlechtliche Ausleben ohne

37) So RG GRUR 1939, 562, 567 - Zeiss-Brillengläser; vgl. auch RG GRUR 1944, 88, 89 - Pillenschachtel (betr. Heilmittelwerbung).

38) RG GRUR 1939, 562, 567.

39) RGZ 149, 224, 230 f - Präservativwerbung.

Pflichten und Sorgen. Der geschlechtliche Verkehr werde jetzt nach seiner Bedeutung für das Familienleben und für die Erhaltung des Volkes durch Geburten betrachtet ⁴⁰⁾. Das Reichsgericht betont demgegenüber die "schweren Gefahren für die Volksgesundheit und die Erhaltung der Rasse", die durch die Verbreitung der Geschlechtskrankheiten vor allem im Wege des außer-ehelichen Geschlechtsverkehrs drohten. Schutzmittel verhinderten die Ansteckungsgefahr. Mit Rücksicht darauf sei in Kauf zu nehmen, daß sie ihrer Natur nach zugleich geeignet seien, einer Empfängnis vorzubeugen. Die Auslegung des § 1 UWG könne daran nicht vorübergehen, so daß eine Werbung für Präservative nicht grundsätzlich unlauter sei ⁴¹⁾.

4. Wirtschaftspolitische Wertungen

a) Wettbewerbspolitischer Ausgangspunkt

Entsprechend den damaligen Wirtschaftsgrundsätzen, die mit den Schlagworten Planung, Lenkung, Ordnung umschrieben werden können, erhoffte man sich den größten volkswirtschaftlichen Ertrag nicht von einem freien Wettbewerb, der mit Zügellosigkeit gleichgesetzt wurde, sondern von einem geregelten "ruhigen" Wettbewerb ⁴²⁾. Nicht Gegnerschaft, sondern Solidarität, Kameradschaft und Vertrauen ⁴³⁾, Treue und Gemeinsinn ⁴⁴⁾ sollten das Wettbewerbsverhältnis kennzeichnen. Einflüsse dieser in Grundsatz wettbewerbsfeindlichen Wirtschaftsideologie auf die Auslegung des § 1 UWG lassen sich vor allem auf den Gebieten des Preiskampfes und der Wertreklame nachweisen. Die Rechtsprechung zeigt hier deutliche Tendenzen zu einer Einschränkung des freien Wettbewerbs.

40) Nach RGZ 149, 224.

41) RGZ 149, 224, 229 ff.

42) Vgl. Utescher GRUR 1936, 5, 15.

43) Gütebier JW 1934, 1091, 1092.

44) Elster ZAKDR 1935, 614, 616.

b) Preiskampf

Zwar wurden Preisunterbietungen zu Wettbewerbszwecken als grundsätzlich zulässig angesehen, wenn es sich nicht um die Unterbietung preisgebundener Markenwaren handelte; Ausgangspunkt wettbewerbsrechtlicher Erörterungen war stets der Grundsatz: "Der Kaufmann ist Herr seiner Kalkulation" ⁴⁵⁾. In Wahrheit wurde aber auch über § 1 UWG die Preisfestsetzung zahlreichen Beschränkungen im vermeintlichen Interesse des Volksganzen unterworfen. So wurde immer auch die wirtschaftliche Berechtigung der Preisunterbietung geprüft ⁴⁶⁾; "wirtschaftlich ungerechtfertigte Preisdrückerei" galt als Indiz für einen - unzulässigen - Vernichtungswettbewerb ⁴⁷⁾. Insbesondere Verlustpreise bedurften einer wirtschaftlichen Rechtfertigung. Die Freiheit der Preisfestsetzung sollte hier wie überhaupt ihre Grenze finden "in einer Beeinträchtigung des Wohls bestimmter anderer, am Wettbewerb nicht beteiligter Kreise", entsprechend der Verordnung des Reichskommissars für Preisüberwachung vom 21.12.1934 über Wettbewerb ⁴⁸⁾. Danach war "zur Sicherung des für die Volkswirtschaft besten Preises" ein Verkauf unter Selbstkosten unter Strafe gestellt, wenn er u.a. unter "böswilliger Nichterfüllung" der Verpflichtungen gegenüber dem Staat in "gemeinschädlicher Weise" erfolgte und den "Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft" widersprach.

45) Vgl. RG GRUR 1936, 139, 141 - Putztuchwäscherei; RGZ 144, 41, 50 - Hosenträgerband; RG GRUR 1933, 791, 793 - Elida-Shampoo.

46) Vgl. RG GRUR 1936, 139, 140; RG JW 1933, 1721; OLG Köln KartR 35, 824, 827.

47) Vgl. RG GRUR 1936, 139, 140.

48) Vgl. RG GRUR 1936, 139, 141 f, mit Abdruck der einschlägigen Passage der Verordnung; RG GRUR 1938, 207, 209 f - Persil.

c) Wertreklame

Wertreklame wird hier als weiter Oberbegriff für alle Erscheinungsformen unentgeltlicher Zuwendungen zu Werbezwecken verwendet ⁴⁹⁾. Wertreklame ist also die unentgeltliche Kundenbeförderung ebenso wie das Verschicken von Ware; aber auch Preisausschreiben und Verkaufsveranstaltungen der verschiedensten Art, die mit kostenlosem Kaffeeausschank, Gratisverlosungen oder ähnlichem verbunden sind, gehören hierher.

aa) Anfangs grundsätzliche Zulässigkeit

Unentgeltliche Zuwendungen wurden bis Mitte der dreißiger Jahre noch als grundsätzlich zulässig angesehen ⁵⁰⁾. Auch die Tatsache, daß bestimmte werbewirksame oder kostenaufwendige Formen von Wertreklame von weniger kapitalstarken Mitbewerbern nicht nachgeahmt werden konnten, bildete "keinen Maßstab für die Grenze des Zulässigen, auch wenn dadurch zahlreiche Mitbewerber ihre wirtschaftliche Selbständigkeit verlieren müssen, so lebhaft das auch vom sozialen Standpunkt aus zu beklagen ist". Dieser Entwicklung, die nun einmal durch die Zusammenfassung und Anhäufung großer Kapitalien an einzelnen Stellen durch die Wirtschaft selbst geschaffen sei und sich dauernd im Fluß befinde, könne vom Richter kein Riegel vorgeschoben werden; das sei nicht seine Aufgabe ⁵¹⁾.

49) Vgl. in diesem Sinne auch Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, RdNr. 52 ff; Ulmer-Reimer III, Nr. 800; Lehmann, Die Werbung mit Geschenken (1974), 4, m.w.N. in FN 9.

50) Vgl. RG GRUR 1930, 1204, 1206 - 1500 Lose; RG GRUR 1931, 278, 279 - Kinderwettbewerb; w.N. bei Lehmann (FN 49), 99 ff.

51) Vgl. RG GRUR 1931, 278, 279 f - Kinderwettbewerb.

Öffentliche Interessen spielten in dieser Fallgruppe bis dahin nur eine untergeordnete Rolle. Hatten einerseits - wie bereits erörtert ⁵²⁾ - die Interessen "geschäftlich unerfahrener Kreise" gelegentlich ein Verbot nach § 1 UWG bewirkt, so erklärte nun andererseits das OLG Karlsruhe eine unentgeltliche Kundenbeförderung u.a. deshalb für vereinbar mit den wettbewerblichen guten Sitten, weil die Niederlassung des Wettbewerbers außerhalb der staatlichen Verkehrslinien gelegen war, und laut Auskünften von 10 Bürgermeisterämtern der umliegenden Gemeinden ein Bedürfnis der Verbraucher für die eingerichteten Fahrten bestehe ⁵³⁾.

bb) Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses im Allgemeininteresse

Mit der Rechtsprechung zum massenweisen Verschenken von Werbeware änderte sich das Bild: Unentgeltliche Zuwendungen galten nunmehr mit dem Hinweis auf öffentliche Interessen generell als unlauter. Ausgehend von der zur Verbandsklage entwickelten Formel, daß das UWG auch bezwecke, im öffentlichen Interesse den Auswüchsen im Wettbewerb überhaupt zu steuern, begründete das Reichsgericht - wie bereits an anderer Stelle dargelegt ⁵⁴⁾ die Annahme eines Sittenverstosses vorwiegend mit betriebswirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Argumenten. Demnach waren allenfalls bei völlig unbedeutenden und werbemäßig unwirksamen Schenkaktionen keine schädlichen Folgen für die Allgemeinheit zu erwarten, so daß die vereinzelte Behauptung des Reichsgerichts, das Verschenken von Ware nicht grundsätzlich verbieten zu wollen ⁵⁵⁾, einen rein deklamatorischen Charakter hat.

52) Oben § 9 I 1.

53) OLG Karlsruhe JW 1935, 718, 720.

54) § 2 I 1.

55) RG GRUR 1938, 207, 210.

Die Entwicklung zu einer negativen Bewertung der Wertreklame war eingeleitet worden durch ein Urteil vom 10.12.1935 ⁵⁶⁾, das sich hauptsächlich auf branchenschützende Erwägungen stützt. Der Verleger eines zahnärztlichen Taschenkalenders hatte die kostenlose Verteilung eines Konkurrenzproduktes (Umfang ca. 400 S., Verkaufswert 3,35 RM) durch einen Verband der Händler für Zahnbedarf angefochten. Das Reichsgericht sah in der Geschenkwerbung "nach den heutigen Anschauungen" einen Wettbewerbsverstoß: Der Widerstand, der sich in weiten Kreisen der Gewerbetreibenden gegen die Zugaben im Sinne der Zugabeverordnung geltend gemacht habe, zeige, "daß eine Werbung mit einem wertvollen Geschenk auch ohne engeren Zusammenhang zur Hauptleistung den Anschauungen der Gewerbetreibenden widerspricht, insbesondere wenn dadurch ein anderes selbständiges Gewerbe, aus dessen Bereich die Werbegeschenke stammen, schwer beeinträchtigt wird" ⁵⁷⁾.

Entsprechend dem grundsätzlichen Verbot der Wertreklame wurden auch Werbeveranstaltungen mit kostenlosem Kaffee- und Kuchenausschank o.ä. grundsätzlich als unlauter verurteilt: "Der Kaufmann hat nichts zu verschenken" ⁵⁸⁾. Anders entschied nur das OLG Köln in einem Fall von Energiewerbung ⁵⁹⁾. Aber auch hier wird der wirtschaftspolitische Einfluß deutlich: Das OLG erhob keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mit Rücksicht auf einige Bestimmungen des Werberats der deutschen Wirtschaft, wonach Werbeveranstaltungen mit kostenlosem Beiprogramm zum Zweck der Energiewerbung zugelassen waren.

56) RGZ 149, 242 = GRUR 1936, 190 - Zahnärztliches Taschenbuch.

57) RGZ 149, 242, 250 = GRUR 1936, 190, 193.

58) Vgl. KG GRUR 1937, 950.

59) OLG Köln JW 1938, 2029, 2030 - Die lachende Kochkunst.

cc) Gründe für den Wandel in der Rechtsprechung

Der Umschwung in der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Werbeschenkungen zeigt besonders klar die Zeitbedingtheit der Auslegung der wettbewerblichen guten Sitten, ihre Abhängigkeit von den jeweils herrschenden gesellschaftspolitischen Vorstellungen. Die Rechtsprechung machte sich einmal die negative Grundhaltung zu eigen, die sich Anfang der dreißiger Jahre gegen die Wertreklame gebildet hatte. Nach dem Ende der Inflation war ein starkes Aufkommen der Wertreklame zu verzeichnen. Um die wirtschaftspolitische Nützlichkeit dieser Werbeform wurde in der Öffentlichkeit eine zunehmend scharfe Auseinandersetzung geführt, in deren Verlauf der Ruf nach einem gesetzlichen Verbot der Wertreklame immer stärker wurde. Unter dem Einfluß der Weltwirtschaftskrise befürchteten besonders die von Existenzangst geplagten mittelständischen Kreise von dieser äußerst wirksamen Werbeform eine Übersteigerung des Wettbewerbs, der sie nichts mehr entgegenzusetzen hatten. Zudem setzte sich die Auffassung durch, daß die Wertreklame nur eine Verteuerung des Warenangebots bewirke ⁶⁰⁾. Die auf Abschaffung der Wertwerbung gerichteten Bestrebungen führten zum Erlaß der Zugabeverordnung ⁶¹⁾ und des Rabattgesetzes ⁶²⁾, wodurch jedoch nur die größten Auswüchse des "Zugabewesens" beseitigt werden sollten. Die grundsätzlich negative Beurteilung jeglicher Art von Wertreklame blieb davon unberührt. Die Rechtsprechung machte es sich nun zur Aufgabe,

60) Instrukтив zu den damaligen Vorstellungen der Überblick in RGZ 135, 38, 44 f, 47 ff; zur Geschichte des Zugabeverbots vgl. Klauer-Seydel, Zugabewesen, 3. Aufl. (1954), Einf. Rdnr. 1-5; Hunold, Verkaufswettbewerbe (1966), 23.

61) v. 9.3.1932 (RGBl I 121).

62) v. 25.11.1933 (RGBl I 1011).

die vom Zugabe- und Rabattverbot nicht erfaßten Formen der Wertreklame einzudämmen. Zunächst wurde dies mit einer begrifflichen Gleichsetzung von Zugabe und Werbegabe versucht ⁶³⁾. Als sich diese Konstruktion als unhaltbar erwies, wurden genau dieselben wirtschaftspolitischen Argumente (Mittelstandsschutz und Schutz vor Überteuerung), die zum Erlaß der Zugabeverordnung geführt hatten, herangezogen, um die Unlauterkeit auch der übrigen Fälle von Wertreklame zu begründen ⁶⁴⁾. Denn hinter den betriebswirtschaftlichen Erwägungen und der Befürchtung vor Übersteigerung und volkswirtschaftlich unerwünschter Bedarfsdeckung steht nichts anderes als der Schutz des kapitalschwachen mittelständischen Facheinzelhandels vor finanzieller Mehrbelastung und vor Brancheneinbrüchen im Falle der Abgabe branchenfremder Artikel. Das Reichsgericht verweist denn auch ausdrücklich darauf, daß das Verschenken von Waren "ebenso und in noch stärkerem Maße" das wirtschaftliche Leben gefährde wie die Gewährung von Zugaben und Rabatten ⁶⁵⁾. Es versucht also ganz entschieden - entgegen seiner eigenen anderslautenden Behauptung ⁶⁶⁾ - dem Übergewicht kapitalstarker Unternehmen durch entsprechend extensive Auslegung der guten Sitten zu begegnen.

Mit dieser negativen Grundströmung gegen die Wertreklame traf sich eine zweite Hauptströmung: Der immer mehr perfektionierte Wirtschaftsdirigismus. "Verwilderung" und "Übersteigerung" waren mit einem geordneten, ruhigen Wettbewerb (dazu oben 4. a) ebensowenig vereinbar, wie das gerade für das Gebiet der Wertreklame typische Streben nach neuen, immer wirksameren Werbemethoden. Dogmatische Bedenken gegen die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer Wertungen bestanden ohnehin nicht mehr: Das reine Nützlichkeitsdenken hatte Vorrang.

63) Vgl. RGZ 149, 242, 249 - Zahnärztliches Taschenbuch.

64) Das erkannte schon Nerreter GRUR 1939, 98, 105 ff mit für die damalige Zeit bemerkenswerter Kritik an der Rechtsprechung.

65) RG GRUR 1936, 810, 812 - Diamantine; GRUR 1938, 207, 209 - Persil.

66) Vgl. RG GRUR 1936, 810, 811.

TEIL III § 1 UWG ALS INSTRUMENT ZUR ORDNUNG DES WETTBEWERBS

§ 11. DIE WETTBEWERBSREGELNDE FUNKTION DES § 1 UWG

I. ZUSAMMENFASSENDE ANALYSE: WIRTSCHAFTSPOLITISCHE ÖFFNUNG DER GUTEN SITTEN

1. Wirtschaftspolitischer Ausgangspunkt

Das Recht gegen unlauteren Wettbewerb, auf dem Fundament liberaler Harmonielehren gegründet, hätte die in es gesetzten Erwartungen nach einer Ordnung des Wirtschaftslebens nicht erfüllen können, wenn es sich auf die rechtliche Sanktionierung außerrechtlicher Verhaltensnormen (Standards) beschränkt hätte. Denn das liberale Fundament war brüchig geworden; die Grundannahme eines intakten Ehrenkodex der Gewerbetreibenden, an dem die für den konkreten Einzelfall gültigen Regeln nur abgelesen zu werden brauchten, war fehlerhaft. Die wettbewerbliche Gute-Sitten-Klausel wurde daher von Anfang an als Mittel zur Schaffung einer "guten Ordnung" des Wettbewerbs eingesetzt; die Auslegung der guten Sitten war abhängig davon, was man jeweils unter dem "Wesen des Wettbewerbs" und unter "Wirtschaftsordnung" verstand.

2. Interdependenz von Wettbewerbsordnung und Recht gegen unlauteren Wettbewerb

a) Bestandsschutz

So zeigt die Tatsache, daß die Rechtsprechung die Kartellierung in Deutschland nicht nur nicht hinderte, sondern sie obendrein förderte, daß eben damals unter Wettbewerb nicht der "freie", sondern der geordnete, ggf. "genossenschaftlich" organisierte Wettbewerb verstanden

wurde; von ihm wurde der größte gesamtwirtschaftliche Nutzen erwartet. Nicht zuletzt setzte man offenbar die Größe und Macht der einzelnen Unternehmen mit der Staatswohl-
fahrt gleich ¹⁾. Das Wettbewerbsprinzip blieb trotz der Auflockerung einiger Grundsätze im Benzin-
kampf-Urteil ²⁾, trotz der Anstrengungen Böhms ³⁾ bis 1945 deutschem Denken fremd. Das "Wesen des Wettbewerbs" bestand damals also nicht im Freiheitsschutz, sondern im Bestandsschutz. Folgerichtig wurde die Gute-Sitten-
Klausel vorrangig zur "Befriedung" des Wettbewerbs eingesetzt: Übertriebene Wettbewerbshandlungen, durch die eine Vernichtung von Unternehmenssubstanz drohte, wurden unterbunden. Dieser faktische Existenzschutz, der überwiegend auf eine Erhaltung des strukturschwachen Mittelstandes abzielte, hatte weniger eine soziale, denn eine gesamtwirtschaftliche Komponente: Wie auf der einen Seite eine Ehrfurcht vor der Unternehmensgröße bestand, befürchtete man auf der anderen Seite von einer Zerschlagung wirtschaftlicher Werte auch eine Schädigung der Gesamtwirtschaft. Von einem so verstandenen Bestandsschutz geprägt war die unterschiedliche wettbewerbsrechtliche Behandlung des Hinweises auf die Ausländereigenschaft eines Konkurrenten ⁴⁾, die restriktive Beurteilung der Wertreklame ⁵⁾ und der Preisunterbietung ⁶⁾ wie auch das grundsätzliche Verbot der vergleichenden Werbung ⁷⁾.

1) Vgl. zum "Mythos der Konzentration", zum "Kult des Großen und Kolossalien": Großfeld, Aktiengesellschaft (1968), 45, m.w.N.

2) RGZ 134, 342.

3) Wettbewerb und Monopolkampf (1933).

4) Siehe oben § 8 II.

5) Siehe oben § 10 III 4 c.

6) Siehe oben § 8 I 3, § 9 II 4 und § 10 III 4 b.

7) Siehe oben § 2 IV 4 a.

b) Modifizierung durch sozialrechtliche Tendenzen

Die in den zwanziger Jahren einsetzende sog. sozialrechtliche Betrachtungsweise brachte gegenüber der bisherigen sog. rein individualrechtlichen Betrachtungsweise drei Veränderungen. Die angebliche Parallelität von Allgemeinheits-, Verbraucher- und Mitbewerberinteressen, die schon vorher eine Fiktion war, konnte in Anbetracht der Veränderungen der wirtschaftlichen Wirklichkeit nicht mehr aufrecht erhalten werden; Oligopolisierung der Märkte und Industrialisierung hatten dazu geführt, daß der Kampf um größere Marktanteile, der Kampf um den Kunden, mit immer größerem Kapitaleinsatz geführt wurde; dadurch drohte sich das Machtgleichgewicht immer mehr zugunsten der Marktmächtigen und zum Nachteil der kleineren Konkurrenten und der Marktgegenseite zu verschieben. Die Rechtsprechung zog daraus erstens die Konsequenz, sozialpolitische Belange stärker zu betonen; insbesondere die soziale Schutzbedürftigkeit der Verbraucher wurde in den Vordergrund gestellt ⁸⁾. Zweitens wurde das Phänomen wirtschaftlicher Macht insofern berücksichtigt, als jedenfalls die Möglichkeit eines Gegensatzes von Kartellmacht und Allgemeininteresse zur Sanktionierung machtmisbräuchlichen Verhaltens *im Einzelfall* führte ⁹⁾. An der prinzipiell wettbewerbsfeindlichen (kartell- und mittelstandsfreundlichen) Ideologie änderte sich allerdings nichts ¹⁰⁾. Die Rechtsprechung bezog - in der Fallgruppe des massenweisen Werbeschenkens ¹¹⁾ - diese wirtschaftspolitischen Grundlagen ebenso wie die sozialpolitischen Argumente nunmehr jedoch offen in die Urteilsbildung ein - darin liegt die dritte Veränderung gegenüber der früheren, nach außen hin nur auf die Interessen der Mitbewerber abstellenden Anwendung der Gute-Sitten-Klausel.

8) Vgl. oben § 9 I.

9) Vgl. oben § 9 II 2.

10) Vgl. bes. oben § 9 II 4 und § 10 III.

11) Siehe oben § 2 I.

c) Wettbewerbsschutz

Eine einschneidende Veränderung der wirtschaftspolitischen Grundlagen des Unlauterkeitsurteils ist erst nach 1945 mit der Einführung der freien sozialen Marktwirtschaft und damit des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit herbeigeführt worden. Der Kontrolle privater wirtschaftlicher Macht dient das GWB¹²⁾. Die Wertungen des GWB haben auch auf die Bildung von Verhaltensnormen nach § 1 UWG ausgestrahlt¹³⁾. Die großzügigere Behandlung der vergleichenden Werbung (Förderung von Markttransparenz)¹⁴⁾, die Auswechslung der Argumente beim massenweisen Werbeschenken (statt "unangemessene Belastung der Wirtschaft" durch Mehraufwendungen für Werbung nunmehr "Gefährdung des Bestands des Wettbewerbs" durch Marktverstopfung)¹⁵⁾ und beim Verkauf unter Selbstkosten (Bedrohung des Bestands des Wettbewerbs - Verdrängung vom Markt)¹⁶⁾, die kritische Einstellung gegenüber ausschließlichen Bierbezugsverpflichtungen (Einschränkung des Wettbewerbs durch Aufteilung des Marktes)¹⁷⁾ und nicht zuletzt die Tendenz zu einer restriktiven Beurteilung wettbewerbsverzerrender Praktiken auf der Händlerstufe ("Beschränkung des Marktzutritts" durch Fordern von Eintrittsgeldern u.ä.)¹⁸⁾ sind sichtbarer Ausdruck der veränderten wirtschaftspolitischen Landschaft. Die veränderte Realität schlägt sich auch in der Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen nieder¹⁹⁾.

12) Vgl. näher oben § 5 II 2.

13) Vgl. zum folgenden die zusammenfassende Analyse oben § 5 II 3 zu FN 105 ff.

14) Oben § 2 IV 4.

15) Oben § 2 I 2.

16) Oben § 2 IV 3 d.

17) Oben § 2 IV 4 b.

18) Oben § 2 IV 3 c.

19) Oben § 2 IV 10.

Daneben finden sich aber auch zahlreiche Argumente, die an die strukturpolitischen und gesamtwirtschaftlichen Nützlichkeitserwägungen vergangener Zeiten erinnern ²⁰⁾. Der Schutz der Allgemeinheit vor (progressiver) Übersteigerung ²¹⁾, der Schutz kleinerer Mitbewerber ²²⁾, das Verbot übermäßigen Anlockens ²³⁾ haben zu einer tendenziell restriktiven Beurteilung neuartiger Werbeformen, insbesondere der vielfältigen Formen der Wertreklame, geführt. Die Sicherung der Versorgung der Bevölkerung ²⁴⁾, die Bewahrung eines günstigen Preisniveaus ²⁵⁾, die Förderung wirtschaftlichen und technischen Fortschritts ²⁶⁾, der Schutz von Währungsstabilität ²⁷⁾ und Fiskus ²⁸⁾, von Preisbindung ²⁹⁾, Preisempfehlung ³⁰⁾ und Markenwaren ³¹⁾ werden als wettbewerbsrechtliche Zielsetzungen ausgegeben. Diese Argumente wie auch die Fälle, in denen aus übergeordneten Gesichtspunkten ein erhöhter Bestandsschutz gewährt wird ³²⁾, bedürfen zwar unter dem Aspekt der Wettbewerbsfreiheit einer Überprüfung; das hier sichtbar werdende Spannungsverhältnis von Bestandsschutz und Wettbewerbschutz, das nur unter Rückgriff auf das "Wesen des Wettbewerbs", auf die Grundlagen der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung gelöst werden kann, zeigt aber gleichwohl den engen Zusammenhang von Wirtschaftsordnung, Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht.

20) Vgl. zum folgenden die zusammenfassende Analyse oben § 5 II 3 zu FN 94 ff.

21) Oben § 2 IV 1.

22) Oben § 2 IV 3.

23) Oben § 2 IV 2.

24) Oben § 2 IV 5 b.

25) Oben § 2 IV 5 c; vgl. auch 5 a zu FN 142.

26) Oben § 2 IV 5 a.

27) Oben § 2 IV 5 d.

28) Oben § 2 IV 7.

29) Oben § 2 IV 6 a.

30) Oben § 2 IV 6 b und § 5 I 3 a.

31) Oben § 2 IV 6 c und § 5 I 3 a.

32) Oben § 2 IV 9.

3. Folgerungen

Ein Blick in die Vergangenheit wie auch in die Gegenwart zeigt, daß das Recht gegen unlauteren Wettbewerb, insbesondere die Gute-Sitten-Klausel, von Anfang an *faktisch* ein Instrument zur Ordnung des Wettbewerbs war und durch die verschiedenen Epochen und Wirtschaftsordnungen hindurch auch zu diesem Zweck eingesetzt wurde: Ein einwandfreier Ablauf des Wettbewerbs sollte gewährleistet sein. Da der soziologische Ansatz von Anfang an nicht durchgehalten wurde, hat genau genommen also noch nicht einmal - wie manche meinen ³³⁾ - ein "Funktionswandel" stattgefunden. Die wirtschaftspolitische Ordnungsfunktion hat sich nie verändert, geändert haben sich die Wirtschaftsordnungen und die sozio-ökonomischen Realitäten. Das letztere meinen wohl auch die Gerichte, wenn sie, mißverständlich an den äußeren Charakter der Gute-Sitten-Klausel als Verweisungsnorm anknüpfend, eine Änderung der Rechtsprechung mit der "Wandelbarkeit" der guten Sitten, mit einer Veränderung der herrschenden Auffassungen begründen ³⁴⁾.

Man mag im Einzelfall mit dem *Ergebnis* der getroffenen Interessenabwägung nicht übereinstimmen; angesichts der Entstehungsgründe des UWG und des untersuchten Entscheidungsmaterials läßt sich aber nicht mehr bestreiten, daß so oder so das Unlauterkeitsurteil durch die jeweils herrschenden wirtschaftspolitischen Vorstellungen geprägt ist und auch geprägt sein muß, will man zu sachgerechten Ergebnissen gelangen ³⁵⁾; das UWG ist in diesem Sinne wirtschaftspolitisch nicht neutral.

33) Vgl. die Angaben oben § 3 FN 64.

34) Vgl. RG GRUR 1933, 507, 508 - Dunlop; RGZ 187, 1, 6 ff-Adressiermaschinen; RGZ 134, 142, 355 f - Benzinkampf.

35) Zu dieser "normativen Kraft des Faktischen" vgl. ausführlich oben § 6 I.

II. DAS ALLGEMEININTERESSE ALS GLEICHWERTIGER FAKTOR DER NORMBILDUNG

Die wirtschaftspolitische Ordnungsfunktion der wettbewerblichen Gute-Sitten-Klausel führt zwingend zu der Schlußfolgerung, daß öffentliche Interessen an der Bildung wettbewerblicher Verhaltensnormen zu beteiligen sind (oben § 6). Das UWG hat stets auch dem Allgemeininteresse an einem einwandfreien Funktionieren des Wettbewerbs gedient. Glaubte man früher diesen Schutz der Wettbewerbsordnung mit der scheinbaren Parallelität von Individual- und Allgemeininteresse verwirklicht, mußte man sich später offen zu einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen bei der Normbildung nach § 1 UWG bekennen. Der Schutzzweck eines wirtschaftspolitisch beeinflussten Rechts gegen unlauteren Wettbewerb kann nicht mehr in einem reinen Individualschutz gesehen werden. Wer das auch heute noch tut, unter Berufung auf die angebliche wirtschaftspolitische Neutralität des UWG, versucht damit nur, die längst überholten wirtschaftspolitischen Vorstellungen aus der Zeit der Jahrhundertwende in unser heutiges Zeitalter hinüberzueretten. Kennzeichen des UWG ist vielmehr ein objektiver, die Interessen aller Marktbeteiligten und der Allgemeinheit umfassender Interessenschutz, der einer objektiven Verhaltensordnung dient. Jedenfalls soweit es sich nicht um evidente Verstöße gegen den geschäftlichen Anstand handelt, erfolgt die inhaltliche Bestimmung der wettbewerblichen Verhaltensnormen durch eine Abwägung der beteiligten Interessen ³⁶⁾. Dabei kann den öffentlichen Interessen von Fall zu Fall ein unterschiedliches Gewicht zukommen. So sind z.B. im Fall der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung allein Mitbewerberinteressen maßgebend, im Fall irreführender Werbung kommt es dagegen entscheidend auf eine Verletzung

36) Ganz h.M.: vgl. die Angaben in § 3 FN 74 i.V.m. FN 38.

von Interessen der Allgemeinheit an. Am häufigsten sind Mischfälle, wie z.B. beim Verbot der vergleichenden Werbung, von dem im Allgemeininteresse bestimmte Ausnahmen zugelassen werden. Öffentliche Interessen beeinflussen also nicht in jedem Fall die Normbildung, und schon gar nicht sind sie - wie wir gesehen haben ³⁷⁾ - den privaten Interessen der Mitbewerber stets vorzuziehen. Öffentliche Interessen sind jedoch prinzipiell als gleichwertige Faktoren der Normbildung neben den Individualinteressen anzuerkennen. Diese Feststellung beinhaltet eine quantitative und eine qualitative Komponente: Sie besagt einmal, daß bestimmte Werte, denen eine besondere Bedeutung für die Gemeinschaft beigemessen wird, als Bewertungsfaktoren bei der nach § 1 UWG vorzunehmenden Interessenabwägung grundsätzlich zu berücksichtigen sind, bewirkt also eine Erweiterung der zur Verfügung stehenden Argumentationsbasis. Zum anderen prägt sie die inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes ³⁸⁾.

III. DAS UWG IM LICHTE MODERNEN PRIVATRECHTS- VERSTÄNDNISSES

Diese Konzeption eines objektiven Interessenschutzes, die Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz aufgrund der Verletzung objektiver Verhaltensnormen gewährt, wird gestützt durch ein gewandeltes Privatrechtsverständnis.

37) Oben § 4 V.

38) Dazu siehe ausführlich oben § 4 IV.u. unten III 3.c.

1. Kontrolle wirtschaftlicher Macht durch privatrechtlichen Institutionenschutz

Erschien es in den Anfängen des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb noch als unzulässige Einschränkung der Privatautonomie, Privatpersonen Ansprüche ohne nachweisbare Verletzung einer festumrissenen individuellen Rechtsposition zuzubilligen ³⁹⁾, so ist es heute anerkannt, daß auch ohne einen solchen Nachweis Rechtsschutz gewährt werden kann ⁴⁰⁾; es besteht also keine Veranlassung mehr, aus dogmatischen Gründen nach einem subjektiven absoluten Recht zu suchen. Das Privatrecht hat sich von seinen liberalistischen Grundlagen befreit: Privatautonomie und subjektives absolutes Recht, die beiden "Fixsterne des Privatrechtssystems" ⁴¹⁾, werden in ihren gesellschaftlichen Funktionen, Wirkungen gesehen, d.h. in ihrem institutionellen Gehalt ⁴²⁾. Die Erkenntnis, daß die einst vom Liberalismus blind vorausgesetzte

39) Dazu oben § 7 V 2 b; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. (1958), 919.

40) A.A. nur Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (1958), 162, 225; Kummer, Anwendungsbereich (1960), 88; Hadding JZ 1970, 305, 308 f; dagegen ausdrücklich Knöpfle, Rechtsbegriff "Wettbewerb" (1966), 45; Schrauder, Wettbewerbsverstöße (1970), 119 ff; Raiser JZ 1961, 465, 472; Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdnr. 88, Einl. UWG, Rdnr. 46.

41) Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 238.

42) Wegweisend Raiser, *summum ius* (1963), 145; ders., Festschrift DJT (1960), 101, 132 f; ders. JZ 1958, 1 ff; ders. JZ 1961, 465 ff; Mestmäcker JZ 1964, 494 ff; ders. AcP 168 (1968), 235, 238 ff; Biedenkopf, Festschrift Böhm (1965), 113, 131 ff; vgl. ferner Knopp, Institutionenschutz (1967), bes. 72 ff, 294 ff; Möschel, Wirtschaftsrecht der Banken (1972), 356 f; Wiethölter, Festschrift Böhm (1965), 41, 56 ff; Kübler, Recht und Staat, Nr. 327 (1966), 1, 28; Reich ZRP 1974, 187, 189; Reich-Tonner DB 1974, 1146; Großfeld (FN 1), 194 ff; Leßmann, Die öffentlichen Aufgaben (1976), 210 ff, 238, 326 f; Esser ZHR 135 (1971), 320, 336 ff.

Gerechtigkeitsgewähr durch die Privatautonomie nur dann geleistet werden kann, wenn alle Privatrechtssubjekte über eine annähernd gleiche wirtschaftliche Macht verfügen, führte dazu, daß die Sicherung der Gleichheit privater wirtschaftlicher Macht nunmehr als eine der Hauptaufgaben der Rechtsordnung und gerade auch der Privatrechtsordnung angesehen wird ⁴³⁾. Das Privatrecht verwirklicht diese Zielsetzung, indem es neben dem Schutz der subjektiven absoluten Rechte gleichberechtigt auch den Schutz der von ihm vorausgesetzten und gestalteten Privatrechtsinstitute verfolgt. Insbesondere durch Einsatz wirtschaftlicher Macht kann die Funktionsfähigkeit der Privatrechtsinstitute beeinträchtigt werden; ein solcher Institutsmissbrauch erscheint nunmehr neben dem Prinzip des "neminem laedere" als weitere Grenze der Privatautonomie. Es ist folglich typischer Ausdruck institutionellen Rechtsdenkens, wenn dem einzelnen zivilrechtliche Ansprüche zugerechnet werden, auch ohne daß er den Nachweis liefern kann, in einem subjektiven absoluten Recht verletzt zu sein: Der einzelne wird in diesem Fall als "Funktionär der Gesamtrechtsordnung" ⁴⁴⁾ zum Schutz der privaten und öffentlichen Interessen umfassenden Privatrechtsinstitute tätig.

2. Die Institution Wettbewerb als Schutzgut des UWG

Die Konzeption des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb als eines Rechts, das dem Schutz einer objektiven Verhaltensordnung, der Wettbewerbsordnung, dient und zu diesem Zweck einen objektiven, privaten und öffentlichen Interessen in gleicher Weise umfassenden, Interessenschutz verwirklicht, fügt sich nahtlos in dieses moderne

43) Zum Schutz privater wirtschaftlicher Freiheit als Aufgabe des Privatrechts vgl. bes. Großfeld (FN 1), 50 ff, 80 ff.

44) Biedenkopf (FN 42), 133.

Privatrechtsverständnis ein. Die Kontrolle privater wirtschaftlicher Macht läßt sich am ehesten durch einen funktionsfähigen Wettbewerb, einen Wettbewerb also, der seine machtnetralisierende und machtzerstörende Wirkung entfalten kann, bewirken. Der freie Wettbewerb sichert ein reibungsloses Funktionieren der privatrechtlichen Institute, innerhalb deren er sich vollzieht. Der Schutz eines freien Wettbewerbs muß daher gerade auch ein zentrales Anliegen des Privatrechts sein; der Wettbewerb wird zu einer rechtlich geschützten Institution des Privatrechts ⁴⁵⁾. Der Schutz des Rechtsinstituts Wettbewerb ist heute in erster Linie Aufgabe des GWB. Das GWB enthält jedoch keine abschließende Regelung; es behandelt bei seinem Kompromißcharakter nur die größten Fälle eines Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht ⁴⁶⁾. Neben dem GWB bleibt also das Privatrecht, insbesondere auch das hier allein interessierende Recht gegen unlauteren Wettbewerb, für ein einwandfreies Funktionieren des Wettbewerbs und damit für eine Kontrolle wirtschaftlicher Macht verantwortlich: Die Wettbewerbsordnung selbst ist Gegenstand des Unlauterkeitsschutzes; ihr Schutz schließt den Schutz der Interessen aller am Wettbewerbsgeschehen Beteiligten ein. Damit erledigen sich auch die neuerdings verschiedentlich erhobenen Forderungen nach einer Kontrolle von Anbietermacht durch die Verbraucher, soweit sie nicht rechtspolitisch gemeint sind, sondern die aktuelle Auslegung des § 1 UWG betreffen. ⁴⁷⁾ Der institutionelle Wettbewerbsschutz zielt ja gerade auf ein ungestörtes Funktionieren der Austauschbeziehungen und damit auf eine Kontrolle von Anbietermacht ab. Nur bedarf es zu diesem Zweck nicht des ohnehin schon überforderten Aufhängers "Verbraucherschutz".

45) Vgl. bes. Raiser, *summa ius* (1963), 145, 156 f; ders. *Festschrift DJT* (1960), 101, 132 f; ders. *JZ* 1966, 465, 472; Emmerich, *Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen* (1969), 136; Möschel (FN 42), 356; Knopp (FN 42), 294 ff.

46) Großfeld (FN 1), 81.

47) Vgl. dazu ausführlich m. Nachw. oben § 5 I 2 c.

Zusammenfassend läßt sich mit Emmerich sagen: "UWG und GWB verwirklichen zusammen als Teile eines einheitlichen Wettbewerbsrechtes den Schutz des Rechtstituts "Wettbewerb" gegen unlautere und freiheitsbeschränkende Angriffe. Der Schutz ist kein Selbstzweck, sondern gilt dem Wettbewerb als Institut der auf der Privatautonomie aufgebauten Privatrechtsordnung. UWG wie GWB sichern damit sowohl im Interesse der Allgemeinheit wie im Interesse des einzelnen die Funktionsfähigkeit der Privatrechtsordnung, indem sie die Voraussetzungen für eine freie, wirtschaftliche Betätigung des einzelnen schaffen" ⁴⁸⁾.

3. Die Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG als Mittel zur Verwirklichung des Institutionenschutzes

a) Grundsatz

Daß es sich beim Unlauterkeitsrecht um eine typische Form des Institutionenschutzes handelt, zeigt auch die weite Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG: Gewerbetreibende und Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen können auf Unterlassung klagen, ohne daß sie selbst bzw. ihre Mitglieder in ihren Interessen verletzt sind ⁴⁹⁾. Diejenigen, die von ihrem Klagerecht nach § 13 Abs. 1 UWG in solchen Fällen Gebrauch machen, werden damit als Sachwalter der Allgemeinheit tätig, die ein Interesse am reibungslosen Funktionieren des Wettbewerbs

48) Emmerich (FN 45), 142; sinngemäß auch Raiser, *summunus* (1963), 156; ders. GRUR Int. 1973, 443, 445.

49) Einzelheiten oben § 1 II 3.

hat ⁵⁰⁾. Auf diese Weise können die gesellschaftlichen Bedingungen der Ausübung der subjektiven Rechte und der Privatautonomie hinterfragt und kann somit Institutionenschutz verwirklicht werden. Der Erfüllung öffentlicher Aufgaben hat die Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG - wie die Geschichte zeigt - schon seit ihrer Einführung mit dem Wettbewerbsgesetz von 1896 gedient. Mit der Beseitigung der Zünfte durch die Gewerbeordnung im Jahre 1869 war auch deren gewerbepolizeiliche Überwachungsfunktion endgültig entfallen. Das entstandene Vakuum füllten die Gewerbetreibenden zunächst im Wege der Selbsthilfe durch Gründung von Interessenverbänden aus. Der Gesetzgeber beschränkte sich im wesentlichen auf eine Legalisierung dieses Zustandes ⁵¹⁾. Daß das Klagerecht der objektiven Rechtskontrolle dient, ist nach Einführung der Verbraucherverbandsklage im Jahre 1965, die auch der Marktgegenseite ein Klagerecht verschaffte, weniger bestreitbar denn je ⁵²⁾.

b) Zurückweisung abweichender Deutungsversuche

Die Versuche, dem Klagerecht nach § 13 Abs. 1 UWG eine von der Mitwirkung öffentlicher Interessen unabhängige Deutung zu geben, müssen demgegenüber als gescheitert gelten. Der Einwand, aus der Begrenzung des Kreises der klageberechtigten Verbände folge, daß der Gesetzgeber

50) H.M.; bes. Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG, Rdnr. 1; Knieper NJW 1971, 2251, 2253; H.H. Rupp ZRP 1972, 32, 35; Scholz, Wirtschaftsaufsicht (1971), 83 ff; Kötz, in: Kötz/Homburger, Klagen Privater im öffentlichen Interesse (1975), 69 ff, 92; Knopp (FN 42), 283 ff, 301 ff.

51) In diesem Sinne auch Kötz (FN 50), 92; Knieper NJW 1971, 2251, 2253. Zur Geschichte vgl. auch Hadding JZ 1970, 305, 309 f.

52) Vgl. auch Knieper a.a.O. 2254.

keine Popularklage gewollt habe ⁵³⁾, ist bereits an anderer Stelle ⁵⁴⁾ zurückgewiesen worden. Es handelt sich vielmehr um eine besondere Form der Popularklage, die deshalb auf die in § 13 Abs. 1 UWG genannten Verbände beschränkt ist, weil diesen im Gegensatz zum *quivis ex populo* ein hinreichendes Maß an Erfahrung und Sachkunde unterstellt wird, so daß die Gerichte es mit qualifizierten Klägern zu tun haben ⁵⁵⁾.

Verschlungen und nicht frei von inneren Widersprüchen ist der Weg von Hadding ⁵⁶⁾. Nachdem er einen eigenen materiellen Unterlassungsanspruch der Verbände und branchenangehörigen Mitbewerber leugnet, da keine Rechtsbeeinträchtigung festzustellen sei und das "bloße private und öffentliche Interesse" zur Begründung eines Anspruchs nicht ausreiche, sieht er in der Klagebefugnis eine besondere selbständige Prozeßführungsbefugnis, die von der Gefährdung oder Beeinträchtigung eines eigenen oder fremden materiellen Rechts und damit von einem materiellen Unterlassungsanspruch unabhängig sei; Hadding kommt so auf Umwegen zu im wesentlichen mit der herrschenden Meinung übereinstimmenden Ergebnissen in puncto Rechtskrafterstreckung und Rechtshängigkeit. Die Vorfrage, wieso denn die Einhaltung von Unterlassungspflichten mit Hilfe einer "Prozeßführungsbefugnis" soll durchgesetzt werden können, ohne daß es auf eine Rechtsbeeinträchtigung ankommt, wird allerdings nicht beantwortet. Auch wenn man von der Fragwürdigkeit der von Hadding gewählten Konstruktion einmal absieht:

53) Vgl. Schwartz GRUR 1968, 333, 336; M. Wolf, Klagebefugnis der Verbände (1971), 14 ; ders. BB 1971, 1293, 1295; ders. ZJP 1973, 452, 454; Hadding JZ 1970, 305, 307 f; ferner die Angaben in § 3, FN 12.

54) Oben § 6 II 2.

55) Vgl. Kötz (FN 50), 93 FN 53; H.H. Rupp ZRP 1972, 32, 35.

56) JZ 1970, 305, 308 ff.

Im Ergebnis liegt darin ein Abweichen vom überkommenen, von Hadding formal noch befolgten Aktionendenken. Der Grund für dieses inhaltliche Abweichen kann auch hier letztlich nur in der Beteiligung öffentlicher Interessen liegen ⁵⁷⁾.

Anders als Hadding billigt Wolf ⁵⁸⁾ den Verbänden einen eigenen materiellen Anspruch zu; im Gegensatz zur herrschenden Meinung sieht er den Grund für die weite Klagebefugnis jedoch nicht in dem Schutz öffentlicher Interessen. Das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung fairen Wettbewerbs werde zwar durch die Verbandsklage gefördert; dabei handele es sich aber um einen bloßen Nebeneffekt, der sich bei der Verfolgung eines "Gruppeninteresses" durch einen Verband ebenso einstelle wie bei der Durchsetzung eines Individualinteresses durch ein Individuum. Die Legitimation der Verbandsklage sieht Wolf vielmehr darin, daß der Verband das "verselbständigte Gruppeninteresse" einer Gruppe (privater) gleicher Interessenträger repräsentiere. Mit der Anerkennung eines Gruppeninteresses ist für Wolf auch die Legitimationsfrage beantwortet, so daß nach dieser Ansicht § 13 Abs. 1 UWG nur die Ausprägung eines allgemeinen Prinzips ist. Auch Wolf vermag die Frage nicht befriedigend zu beantworten, wie es denn kommt, daß die Summierung von Einzelinteressen, die für sich allein kein Klagerecht geben würden, eine ausreichende Legitimationsgrundlage für eine Verbandsklage bildet. Den eigentlichen Grund dafür erfährt man indessen, wenn man die von Wolf benötigten Konstruktionen näher betrachtet: Was das zur Verbandsklage berechtigende Gruppeninteresse qualitativ von der Summe der Individualinteressen unterscheidet, ist nichts anderes, als das mitwirkende öffentliche Interesse, die vom Verband zu

57) Vgl. H.H. Rupp ZRP 1972, 32, 35.

58) Klagebefugnis (FN 53), 16 ff und BB 1971, 1293, 1294 f.

erfüllende öffentliche Aufgabe. So will Wolf ein eigenständiges Gruppeninteresse nur anerkennen, wenn - wie beim UWG - wegen Beweisschwierigkeiten eine Vorverlagerung des Interessenschutzes geboten erscheine; in diesen Fällen müsse die Gefährdung der Interessen einer unbestimmten Mehrheit für ein Klagerecht ausreichen⁵⁹⁾. Die Unzulänglichkeit dieser Argumentation ist bereits an anderer Stelle⁶⁰⁾ dargetan worden: Die Alternative "reiner Individualschutz oder objektiver Interessenschutz" ist abhängig von der Frage einer Beteiligung oder Nichtbeteiligung öffentlicher Interessen an der Normbildung. Entsprechend dürftig ist auch die Erklärung dafür, daß etwa ein Verband norddeutscher Drogisten einen südbadischen Bäckermeister auf Unterlassung unlauterer vergleichender Werbung verklagen kann. Nach Wolf ist die Klagebefugnis (nur) deshalb gegeben, weil die Gefahr bestehe, daß das wettbewerbswidrige Verhalten des badischen Bäckers bei anderen Gewerbetreibenden Nachahmung finde und schließlich auch unter den norddeutschen Drogisten um sich greife⁶¹⁾. Wolf wählt diese lebensfremde Konstruktion, weil er glaubt, die Verbandsklage von der vom Gesetz angeblich nicht gewollten Popularklage abgrenzen zu müssen⁶²⁾. Er vermag jedoch nicht zu sagen, warum denn die bloße Nachahmungsgefahr für eine Klage ausreichen soll; die Ableitung aus einem "Gruppeninteresse" ist keineswegs zwingend, wenn nicht gar abwegig. Der wahre Grund liegt auch hier in der Beteiligung öffentlicher Interessen, die eben durch den - selbst nicht verletzten - klagenden Verband wahrgenommen werden⁶³⁾.

59) Wolf (FN 53), 16.

60) Oben § 6 II 1.

61) Wolf (FN 53), 31.

62) Dazu oben zu FN 53 ff.

63) So sinngemäß auch die Kritik an Wolf von Knieper NJW 1971, 2251, 2253; H.H.Rupp ZRP 1972, 32, 35; Kötz (FN 50), 92 f; vgl. auch Bettermann ZZP 1972, 123.

c) Art und Umfang der Beteiligung öffentlicher Interessen bei der Ausübung der Klagebefugnis

Entsprechend der je nach Sachlage verschiedenen Beteiligung öffentlicher Interessen an den geschützten Verhaltensnormen nach § 1 UWG (oben II) ist auch der Rechtsschutz nach §§ 1, 13 UWG verschieden ausgestaltet⁶⁴⁾. Zwar können selbst nicht verletzte Mitbewerber und Verbände sogar dann klagen, wenn sie die Verletzung von Interessen eines ganz bestimmten Gewerbetreibenden geltend machen, wenn also ein Verletzter vorhanden ist, der nach den allgemeinen Regeln des Privatrechts bereits nach § 1 UWG klageberechtigt wäre; selbst wenn - wie bei der Klage wegen Kennzeichenmißbrauchs nach §§ 1, 16 UWG - besondere öffentliche Interessen nicht berührt sind, ist das allgemeine öffentliche Interesse an möglichst wirksamer Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs so stark, daß eine Einschaltung weiterer Klageberechtigter auch in diesem Fall gerechtfertigt erscheint⁶⁵⁾. Der Klage nach §§ 1, 13 Abs. 1 UWG kommt dann jedenfalls die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zu, der

64) Dazu auch Knopp (FN 42), 301 ff.

65) Das ist nicht unstreitig. Wie hier RGZ 79, 321, 326 f; Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG, Rdnr. 6; Knopp (FN 42), 301; a.A. Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht (1954), 107. Kap., Anm. 19 (S. 811); Reimer-v.Gamm, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. (1972), 39. Kap., Anm. 3 (S. 199 f); Reimer-Pastor, Das wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht, 4. Aufl. (1971), 16. Kap. I (S. 147); Tetzner, Kommentar, 2. Aufl. (1957), § 13 UWG, Anm. 3; Bußmann-Pietzker-Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl. (1962), § 12 I 2 a (S. 87); unklar v. Godin-Hoth, Kommentar (1958), § 13 UWG, Anm. 3; v. Godin, Wettbewerbsrecht (1974), § 13 UWG, Anm. 5: keine Klage aus § 13 Abs. 1 bei ausschließlicher Verletzung reiner Individualrechte; aber "wo die öffentlichen Interessen aufhören, ist schwer zu sagen ...".

Gefahr eines Umsichgreifens von "Wettbewerbsunsitten" vorzubeugen. Trotz dieses allgemeinen öffentlichen Interesses an der Durchsetzung einer lautereren Wettbewerbsordnung überwiegt hier aber doch ganz eindeutig der Individualschutz; der Institutionenschutz tritt in den Hintergrund. Ganz anders verhält es sich im anderen Extremfall: Ein Verband klagt, um die Einhaltung von Verhaltensnormen, die ausschließlich im Allgemeininteresse bestehen (z.B. Verbot irreführender Werbung, Verbot branchenüblicher, aber im Allgemeininteresse unerwünschter "Unsitten"), zu erzwingen. Hier steht der Institutionenschutz ganz im Vordergrund. Der institutionelle Rechtsschutz setzt also keineswegs voraus, daß stets auch ein privates Interesse verletzt ist ⁶⁶⁾; in der Praxis wird es jedoch so sein, daß private und institutionelle Rechtsschutzfunktion sich gegenseitig ergänzen.

Die Verschiedenheit der Rechtsschutzfunktion je nach dem Maß der Beteiligung öffentlicher Interessen hat nicht nur theoretische Bedeutung; sie zeigt sich besonders dann, wenn dem Kläger vom Beklagten ein Einwand aus seiner Person entgegengehalten wird. In der Praxis am häufigsten sind zwei Fälle unzulässiger Rechtsausübung: die Verwirkung und der Selbstwiderspruch ("unclean hands"). Nach einer Mindermeinung im Schrifttum kann der Einwand der "unclean hands" grundsätzlich allen Klagen, auch solchen aus §§ 1, 3, 13 UWG, entgegengehalten werden ⁶⁷⁾. Diese Meinung verkennt die öffentliche Funktion der Klagebefugnis nach § 13 Abs. 1 UWG, den institutionellen Charakter dieser Rechtsschutzform. Ohne daß hier auf Einzelheiten der abweichenden Ansichten eingegangen werden muß, kann ihnen daher "schon mit Rücksicht auf die dann in besonderem Maße gefährdete

66) Das verkennt Prölss ZHR 132 (1969), 35, 78.

67) Fritze WRP 1966, 158; Prölss ZHR 132 (1969), 35, 74 ff; Willemer WRP 1976, 16, 24.

Ordnung des Wettbewerbs" nicht gefolgt werden ⁶⁸⁾. Die ganz überwiegende Meinung in Rechtsprechung ⁶⁹⁾ und Schrifttum ⁷⁰⁾ hält demgegenüber zu Recht die Berufung des Beklagten auf Verwirkung oder eigenen unlauteren Wettbewerb des unmittelbar Verletzten für grundsätzlich unerheblich, wenn mit der Klage nach § 13 Abs. 1 UWG auch öffentliche Interessen verfolgt werden. Wird die Klage dagegen ausnahmsweise auf die Verletzung eines Individualrechts gestützt, wie z.B. eine Klage aus §§ 1, 16 UWG wegen irreführenden Kennzeichengebrauchs, ist zu unterscheiden: Wer in diesem Fall schon ein Klagerecht nach § 13 Abs. 1 UWG für unzulässig hält, für den stellt sich die Frage der Verwirkung oder sonstigen Rechtsmißbrauchs ohnehin nur hinsichtlich der Individualklagen (z.B. aus §§ 16 UWG, 12, 15 WZG, 12 BGB). Der Einwand unzulässiger Rechtsausübung muß aber auch nach der hier vertretenen Rechtsansicht, die ein Klagerecht nach § 13 Abs. 1 UWG ausnahmslos anerkennt, auch gegenüber den Verbänden und branchenangehörigen Mitbewerbern durchgreifen ⁷¹⁾.

Die hier getroffene Unterscheidung ist keineswegs inkonsequent, wie Prölss ⁷²⁾ und Willemer ⁷³⁾ meinen. Zwar verwundert es zunächst, daß bei der Geltendmachung einer reinen Individualrechtsverletzung der Verwirkungseinwand durchgreifen soll, wo doch auch in diesem Fall dem branchenangehörigen Mitbewerber und dem Verband

68) Das Zitat stammt aus BGH GRUR 1971, 582, 584 - Kopplung im Kaffeehandel; vgl. auch Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, Rdnr. 390.

69) Vgl. die Nachw. oben § 1, FN 32 u. 33.

70) Vgl. Baumbach-Hefermehl Einl. UWG, Rdnr. 383, 390; Reimer-v. Gamm (FN 65), 39. Kap., Anm. 17 (S. 307).

71) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 387, 391; Knopp (FN 42), 302 ff.

72) ZHR 132 (1969), 35, 74.

73) WRP 1976, 16, 24.

zusätzliche Klagebefugnisse gerade wegen des allgemeinen öffentlichen Interesses an der Durchsetzung der wettbewerblichen Verhaltensordnung verliehen worden sind ; die differenzierte Beurteilung der Zulässigkeit des Verwirkungseinwands ist indessen sachgerecht. Wenn nämlich die mit der Klage durchzusetzende Verhaltensnorm im konkreten Fall ausschließlich oder ganz überwiegend den Individualschutz desjenigen Mitbewerbers bezweckt, der seinerseits durch unlauteres Handeln seine Rechte verwirkt hat, so wird die Verhaltensnorm, die ja das Ergebnis einer Interessenabwägung ist, durch das treuwidrige Verhalten des unmittelbar Verletzten im konkreten Fall "punktuell modifiziert" ⁷⁴⁾, mit anderen Worten: Das treuwidrige Verhalten des unmittelbar Betroffenen, das bei der Abwägung der Individualinteressen von Kläger und Beklagtem zugunsten des Beklagten in die Waagschale gelegt wird, läßt in diesem Fall die Verbotsnorm entfallen. Der Einwand des Selbstwiderspruchs ist also in Wahrheit gar keine Einwendung aus der Person des Klägers - eine solche Einwendung wäre mit Rücksicht auf das stets mitverfolgte öffentliche Interesse sicher in jedem Fall unzulässig -, sondern eine Einwendung gegen das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes. Fehlt es schon an einem Wettbewerbsverstoß, kann natürlich auch keine Mitbewerber- oder Verbandsklage Erfolg haben. Andererseits leuchtet es ein, daß ein rechtsmißbräuchliches Verhalten, das nur im Verhältnis zweier Mitbewerber zueinander von Bedeutung ist, nicht eine Verhaltensnorm modifizieren kann, die auch öffentliche Interessen mitverfolgt ⁷⁵⁾.

74) Knopp (FN 42), 302.

75) Diese Trennung wird von der Rechtsprechung streng durchgeführt; so greift z.B. der Verwirkungseinwand gegenüber einer Klage wegen Gebrauchs eines wechselungsfähigen Kennzeichens insofern nicht durch, als der Zeichengebrauch eine Irreführung des Verkehrs bewirkt, BGH GRUR 1957, 285, 287.

4. Objektivierung und subjektive Merkmale der Wettbewerbshandlung

Die Objektivierung des Unlauterkeitsurteils im Sinne eines objektiven Interessenschutzes kann auch auf die Anforderungen, die an eine Wettbewerbshandlung in subjektiver Hinsicht gestellt werden, nicht ohne Auswirkungen bleiben. Es ist bereits gezeigt worden, daß faktisch schon das Vorliegen eines objektiven Verletzungstatbestands ausreicht, um Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend machen zu können ⁷⁶⁾. Ähnlich wird zu fordern sein, daß auch das Merkmal der "Wettbewerbsabsicht" aufgegeben wird. Rechtsprechung und herrschende Lehre verlangen in subjektiver Hinsicht für ein Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbs", daß mit Wettbewerbsabsicht gehandelt worden ist ⁷⁷⁾. Da sich eine Wettbewerbsabsicht nur schwer beweisen ließe, nimmt die herrschende Meinung bei Handlungen von Gewerbetreibenden im Geschäftsverkehr eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wettbewerbsabsicht an ⁷⁸⁾. Praktisch dient dieses Tatbestandsmerkmal daher nur dazu, Handlungen Dritter, die zu wissenschaftlichen, politischen und kulturellen Zwecken erfolgen, aus dem Geltungsbereich des UWG auszuklammern ⁷⁹⁾. Dieses willkürlich anmutende Vorgehen ⁸⁰⁾ war erklärlich, solange man der Auffassung war, bestimmte öffentliche Interessen, wie z.B. grundrechtliche Wertungen in den Boykottfällen und beim Waren-test, im Rahmen des § 1 UWG nicht gebührend berücksichtigen zu können. Inzwischen ist aber der Wertungsbereich

76) Siehe oben § 6 II 3.

77) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 201 f, m. Nachw.

78) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 204, m. Nachw.

79) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 205 ff.

80) Vgl. die Kritik von Sandrock, Grundbegriffe (1968), 200 ff.

des § 1 UWG mit dem Wertungsbereich der §§ 823 ff BGB in dieser Hinsicht deckungsgleich. Wertungen, die im öffentlichen Interesse für die Zulässigkeit gewerbeschädigender Waren- oder Unternehmenskritik⁸¹⁾ sprechen, sollten daher auch offen bei der Interessenabwägung nach § 1 UWG berücksichtigt werden und ggf. durch Negierung einer Verbotsnorm, nicht aber im Halbdunkel durch Manipulierung des Merkmals "Wettbewerbsabsicht" den Anwendungsbereich der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel begrenzen⁸²⁾. Es ist nicht nur von theoretischer Bedeutung, ob eine Wettbewerbshandlung nach §§ 823 ff BGB oder nach § 1 UWG beurteilt wird; denn die institutionellen Bezüge wettbewerblichen Handelns drohen eher in Vergessenheit zu geraten, wenn der wettbewerbliche Bezug aufgegeben wird. Das zeigt ganz deutlich der Blinkfuer-Fall⁸³⁾, wo der Tatbestand des Machtmißbrauchs wegen eines angeblich vorrangigen Grundrechts auf freie Meinungsäußerung vom BGH völlig übergegangen wurde⁸⁴⁾.

81) Vgl. dazu oben § 2 III 4. m. Nachw. in FN 64 ff.

82) Vgl. auch Sandrock (FN 80), 200 ff; Glerke-Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht (1975), 297; v. Köller, Meinungsfreiheit (1971), 85, 157.

83) BGH GRUR 1964, 77, 81 f.

84) In diesem Sinne auch BVerfG NJW 1969, 1161. Vgl. auch die Kritik am BGH von Arndt NJW 1964, 23 f; Kübler, Recht und Staat, Nr. 327 (1966), 11, 13 f; v. Köller (FN 81), 267; Weick, Boykott zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Interessen (1971), 188 ff.

§ 12. ALLGEMEINE LEITGEDANKEN ZUR BERÜCKSICHTIGUNG
ÖFFENTLICHER INTERESSEN BEI DER NORMBILDUNG
NACH § 1 UWG UND IHRE KONKRETISIERUNG ANHAND
TYPISCHER FALLKONSTELLATIONEN

Mit der Anerkennung des Allgemeininteresses als eines prinzipiell gleichwertigen Faktors der Normbildung im Rahmen von § 1 UWG ist noch keine verbindliche Aussage über Art und Umfang einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Einzelfall getroffen; diese Frage stellt sich als Problem des Richterrechts dar (I). Es ist unmöglich, in diesem Zusammenhang allgemeingültige Normen aufzustellen, unter die der konkrete wettbewerbsrechtliche Sachverhalt nur noch zu subsumieren wäre. Der Schaffung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel lag ja gerade die Erkenntnis zugrunde, daß das Verhalten im Wettbewerbsrecht so vielgestaltig und unvorhersehbar ist, daß es sich nicht in festgefügte Regeln fassen läßt. Nur ein lebendiges, anpassungsfähiges Wettbewerbsrecht wird dem Wettbewerbsleben gerecht. In Anbetracht der von der Natur der Sache geforderten Offenheit des Wettbewerbsrechts für die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles kann nur versucht werden, allgemeine Grundsätze und Leitgedanken für die wettbewerbsrechtliche Behandlung der öffentlichen Interessen aufzustellen und exemplarisch anhand typischer Fallkonstellationen zu konkretisieren, um so den Kreis der wirklich problematischen Fälle zu begrenzen (II-IV).

I. EINSCHLÄGIGE GRUNDSÄTZE RICHTERLICHER RECHTSSCHÖPFUNG

1. Die Ausfüllung der guten Sitten als Aufgabe des Richterrechts

Die Gute-Sitten-Klausel des § 1 UWG ist - wie wir gesehen haben ¹⁾ - in Anbetracht des Fehlens homogener Wertvorstellungen eine Blankettnorm. Sie enthält die Ermächtigung und den Auftrag an den Richter, das Recht vorzuentwickeln. Der Richter hat vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht geregelte, weil nicht vorhersehbare Interessenkonflikte zu lösen. Alle für einen konkreten Konflikt einschlägigen Rechtswerte sind zu ermitteln und gegenseitig abzuwägen. Die ursprüngliche Rezeptionsfunktion tritt gegenüber dieser Delegation der Normsetzung an den Richter ganz zurück, hat allenfalls in den wenigen verbliebenen - unproblematischen - Fällen evidenter Verstöße gegen den geschäftlichen Anstand noch praktische Bedeutung. Im übrigen wird in der Sache Sittenwidrigkeit - darin zeigt sich der Einfluß der Lehre vom ordre public ²⁾ - durch Rechtswidrigkeit ersetzt ³⁾. Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die Grundsätze richterlicher Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung im einzelnen zu erläutern. Um den Rahmen der Untersuchung nicht zu sprengen, erscheint eine Beschränkung auf eine thesenhafte Wiedergabe der wesentlichen, für die Frage einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen einschlägigen Regeln der neueren juristischen Methodenlehre geboten. ⁴⁾

1) Oben § 6 II 3.

2) K. Simitis, Gute Sitten und ordre public (1960).

3) Ott, Festschrift Raiser (1974), 403, 412 f; Sack GRUR 1970, 493, 497 ff; Kraft, Interessenabwägung (1963), 137 f. Größere Bedeutung wird der Rezeptionsfunktion nach wie vor von Teubner beigemessen (Standards (1971), 96 ff), der jedoch einem "soziologischen Mißverständnis" erlegen ist (so zutr. Ott a.a.O. ff); vgl. dazu auch die Kritik oben § 4 III 2.

4) Vgl. bes. Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl. (1975), 350 ff; Kraft (FN 3), 58 ff; Schricker, Gesetzesverletzung (1970), 223 ff und den Überblick über die neuere Entwicklung bei Dütz ZJP 87 (1974), 361, 366 m.w.N.

2. Verfassungsrechtliche Wertungen

Der Richter hat zunächst die in der Verfassung, insbesondere in den Grundrechten, verkörperte Wertordnung zu berücksichtigen. Unabhängig von Unterschieden in der dogmatischen Begründung ist anerkannt, daß die Gute-Sitten-Klauseln Einfallstore für verfassungsrechtliche Wertungen sind ⁵⁾. Die Bedeutung der Verfassung für die Konkretisierung des Gebots der guten Sitten darf jedoch nicht überschätzt werden; denn die Verfassungsprinzipien sind ihrerseits durch einen Rückgriff auf die Wertungen und Rechtsinstitute der einfachgesetzlichen Wertordnung zu konkretisieren ⁶⁾. So spricht Leisner ⁷⁾ in bewußtem Gegensatz zur "verfassungskonformen Gesetzesinterpretation" von der "gesetzeskonformen Verfassungsinterpretation". Mag diese Formel auch überspitzt sein, weil sie über den prinzipiellen Vorrang des Verfassungsrechts hinwegtäuscht, der Sache nach will sie nichts anderes besagen, als die von Hesse ⁸⁾ erhobene Forderung nach der Herstellung "praktischer Konkordanz" oder als die von Mestmäcker ⁹⁾ aufgestellte These: "Die Privatrechtsordnung ist ein der Verfassung vorgegebenes Normensystem, das in seiner Eigenart an der Verwirklichung der verfassungsmäßigen Ordnung teilhat und sie gewährleistet." Diese Wechselwirkung von Privatrechtsordnung und Verfassung ¹⁰⁾

5) Wegweisend BVerfGE 7, 198, 204 - Lüth; vgl. Baumbach-Hefermehl, Allg., Rdnr. 44, Einl. UWG, Rdnr. 97; Weick, Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen (1971), 41 ff; Schricker (FN 4), 226 ff; Kübler, Recht und Staat, Nr. 327 (1966), 4; Sack WRP 1974, 247, 250 m. zahlr. w. Nachw. in FN 72.

6) Vgl. außer den im folgenden Genannten noch Göldner, Verfassungsprinzip (1969), 126 ff.

7) Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung (1964), 62 f.

8) Grundzüge (1967), 34; vgl. auch Häberle DÖV 1969, 385 (zu BVerfGE 24, 236 - Lumpensammler).

9) AcP 168 (1968), 235, 240.

10) So ausdrücklich Mestmäcker (FN 9), 240.

bedeutet für eine verfassungskonforme Auslegung des § 1 UWG, daß die "Eigengesetzlichkeit" des Wettbewerbs niemals außer acht gelassen werden darf ¹¹⁾. Die Sicherung der machtnetralisierenden Funktion der Institution "freier Wettbewerb" ist nun aber gerade eine gemeinsame Aufgabe von GWB und UWG (oben § 11 III 2). Für eine selbständige Bedeutung des Verfassungsrechts ist neben dem privatrechtlichen Institutionenschutz daher nur noch in ganz wenigen Fallgruppen Platz ¹²⁾. Das werden einige Beispiele belegen (unten IV).

3. Wertungen des GWB

Auch einfachgesetzliche Wertungen hat der Richter in die Interessenabwägung einzubeziehen. Die wettbewerblichen guten Sitten werden besonders von den Wertungen des GWB beeinflusst, mit dem das UWG eine gemeinsame Ordnungsaufgabe erfüllt (II).

4. Die "Natur der Sache"

Eine Rechtserkenntnisquelle ist die Natur der Sache ¹³⁾. Sie ist als Konkretisierungshilfe zur Bildung von Verhaltensnormen nach § 1 UWG geeignet, wenn man darunter mit Radbruch ¹⁴⁾ den "auf die Rechtsidee bezogenen Sinn des Lebensverhältnisses" versteht. Die "Natur der Sache"

11) Vgl. Mestmäcker a.a.O. 247.

12) Vgl. Mestmäcker a.a.O. 241.

13) Vgl. nur Larenz, Festschrift Nikisch (1958), 281 ff; Henkel, Rechtsphilosophie (1964), 288 ff; Kraft (FN 3), 69 ff; Göldner (FN 6), 133 ff; Krasser, Schutz vertraglicher Rechte (1971), 283 ff; Schrickner (FN 4), 233 ff; Rieger, Güterabwägung (1967), 48 ff; Rinck JZ 1963, 521.

14) Festschrift Laun (1948), 157 ff; ebenso die in FN 13 Genannten.

hat im Recht gegen unlauteren Wettbewerb eine ganz besondere Bedeutung; mangels anderweitiger Maßstäbe richterlicher Rechtsfindung hat man seit jeher versucht, aus dem Sinngehalt des Wettbewerbs objektive Maßstäbe für die Beurteilung des Wettbewerbsverhaltens zu gewinnen ¹⁵⁾. Eine moderne Variante ist die hier vertretene institutionelle Betrachtungsweise von Privatautonomie und Wettbewerb. Die scheinbare Objektivität der aus der "Natur der Sache" abgeleiteten Werte darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Natur einer Sache eben davon bestimmt wird, was der Rechtsanwender unter der Sache versteht ¹⁶⁾. Das Vorverständnis von Wettbewerb, von der Wirtschaftsordnung bestimmt so ganz entscheidend Art und Umfang des Institutionenschutzes ¹⁷⁾. Dieser subjektive Einschlag ist indessen kein Grund, die "Natur der Sache", insbesondere auch nicht die Lehre vom Institutionenschutz, als Hilfsmittel bei der Auslegung des § 1 UWG zurückzuweisen; denn - wie schon gesagt - es gibt keine objektiveren methodischen Hilfen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb. Die "Natur der Sache" hat folglich ihren Platz im Prozeß richterlicher Rechtsschöpfung, in dem es ohnehin nur darauf ankommen kann, ein Höchstmaß an *relativer Objektivität* richterlicher Wertung zu sichern ¹⁸⁾.

5. Richterliche Eigenwertung

Trotz aller methodischen Hilfsmittel wird bei der Konkretisierung der Generalklausel immer ein "ungelöster Rest" bleiben, wo der Richter letztlich auf sein Rechtsgefühl angewiesen ist ¹⁹⁾. Der Richter muß sich dieses

¹⁵⁾ S. oben § 5 II 4 a.E., § 6 II 4, § 7 V 2 c.

¹⁶⁾ Vgl. Larenz (FN 13), 289; Göldner (FN 6), 135; Rinck, JZ 1963, 521, 522. S. auch oben § 6 II 4.

¹⁷⁾ S. auch oben § 5 II 4 a.E.

¹⁸⁾ Göldner (FN 6), 135.

¹⁹⁾ Kraft (FN 3), 89; vgl. auch Dütz ZJP 87 (1974), 361, 371; Schricker (FN 4), 277.

subjektiven Einschlags bewußt sein und versuchen, die von ihm unter mehreren Entscheidungsmöglichkeiten getroffene Auswahl durch eine überzeugende Begründung, durch Offenlegung der entscheidungserheblichen Argumente zu rechtfertigen, um so einen *Konsens* in der fachwissenschaftlichen Kritik und in der Öffentlichkeit zu erreichen ²⁰⁾. Der Richter erfüllt in diesem Bereich voluntativer Rechtsfindung eine *politische* Aufgabe, insofern er nämlich die bewußt unvollständige Tätigkeit des Gesetzgebers für jeden konkreten Einzelfall zu vollenden hat ²¹⁾. Diese politische Funktion ist jedoch nicht - und hier gilt es einem durch die neuerdings wiederholt erhobene Forderung nach einem "politischen Richter" ²²⁾ provozierten Mißverständnis ²³⁾ vorzubeugen - mit Bindungslosigkeit oder mit einseitiger politisch-ideologischer Ausrichtung zu verwechseln. Was den Richter auch in dieser politischen Funktion von einem Politiker unterscheidet, ist die Orientierung an der Rechtsidee, einer materialen Verhaltensordnung, sowie die Einzelfallbezogenheit richterlicher Rechtsschöpfung ²⁴⁾. Die Möglichkeiten und Grenzen des Richterrechts werden gleichermaßen deutlich, wenn es darum geht, die Gute-Sitten-Klausel des Wettbewerbs als Instrument zur Sicherung und Ordnung eines freien Wettbewerbs einzusetzen (II).

20) Vgl. Dütz ZP 87 (1974), 361, 390 ff.

21) Ott (FN 3), 419; Grüber JZ 1974, 665, 669.

22) Vgl. nur Wassermann, Der politische Richter (1972); ders., Justiz im sozialen Rechtsstaat (1974), 22 ff, 25 f.

23) Vgl. die zutr. Kritik von Dütz ZP 87 (1974), 361, 382 ff, 393 ff, m. umfangr. Nachw. Auf einem solchen Mißverständnis beruht wohl auch die Kritik von E.E. Hirsch (AcP 176 (1976), 356, 369) an Ott (Festschrift Raiser (1974), 403).

24) Dazu oben § 5 II 1 a.

II. ENTWICKLUNG VON NORMEN ZUR KONTROLLE WIRTSCHAFT- LICHER MACHT ALS AUFGABE DES RICHTERRECHTS

Die Anerkennung des Wettbewerbs als von GWB und UWG geschütztes Rechtsinstitut hat eine zweifache Bedeutung für die Anwendung des § 1 UWG: Einmal ist der Lauterkeitsschutz dort einzuschränken, wo er auf Kosten der Freiheit des Wettbewerbs geht (1); zum anderen sind selbständige Verhaltensnormen zu entwickeln, die ein machtmisbräuchliches Verhalten als unlauter untersagen (2). Reine Nützlichkeitsabwägungen dürfen indessen grundsätzlich nicht angestellt werden (3), wenngleich es nicht immer leicht ist, die Grenze zu ziehen (III).

1. Restriktion des Unlauterkeitsschutzes

Zwar besteht der Freiheitsschutz sub lege, d.h. nur der lautere Wettbewerb ist frei; da aber das GWB das Funktionalisieren der privatrechtlichen Institutionen mit absichert, können auch seine Wertungen auf das UWG nicht ohne Einfluß bleiben. Der Lauterkeitsschutz darf nicht zu einer Beschränkung des freien Wettbewerbs führen ²⁵⁾.

Eine solche Überdehnung des Lauterkeitsschutzes liegt z.B. in der Praxis, die das Unterbieten gebundener Preise durch einen nicht gebundenen Außenseiter als unlauter verfolgte ²⁶⁾. Die vom Reichsgericht aus Gründen gesamtwirtschaftlicher Opportunität begonnene Privilegierung wirtschaftlicher Macht ²⁷⁾ wurde vom BGH ohne Rücksicht auf die zwischenzeitlich eingetretene Veränderung der Wirtschaftsordnung fortgeführt ²⁸⁾. Die Tolerierung der

25) Ebenso die oben in § 3, FN 54 ff Genannten.

26) Dazu oben § 2 IV 4 b.

27) Dazu ausführlich oben § 8 I 3.

28) Anders dagegen OLG Frankfurt GRUR 1964, 151, 153 - Remington; LG Osnabrück BB 1962, 1058.

Preisbindung durch § 16 GWB a.F. bot keine ausreichende Legitimationsgrundlage für eine derart umfassende und lückenlose Absicherung des Preisbindungssystems ²⁹⁾.

Berücksichtigung haben die Wertungen des GWB dagegen bei der Beurteilung der vergleichenden Werbung gefunden. Wenn gleich sich der BGH zu einer grundsätzlichen Freigabe der vergleichenden Werbung nicht durchringen konnte, ist doch im Ergebnis durch die flexible Handhabung der Generalklausel des "hinreichenden Anlasses" der Unterschied praktisch aufgehoben ³⁰⁾.

Gegen die Wertung des GWB verstößt auch die Meinung, die stets die jeweils strengere Auffassung, sei es der Gewerbetreibenden, sei es der Allgemeinheit, berücksichtigt wissen will ³¹⁾. Abgesehen davon, daß es sich bei den "Auffassungen" nur um Aufhänger für individualrechtliche bzw. sozialrechtliche Wertungen handeln kann, werden die Interessen der Gewerbetreibenden tendenziell mehr einem Bestandsschutz zuneigen; die öffentlichen Interessen können dagegen zugunsten eines Freiheitsschutzes nicht eingreifen ³²⁾. Andererseits ist auch ein genereller Vorrang der Auffassung der Allgemeinheit ³³⁾ abzulehnen, da dies zum generellen Vorrang des Allgemeininteresses führen würde, was mit den Prinzipien richterlicher Interessenabwägung nicht vereinbar ist ³⁴⁾.

29) Merkel NJW 1961, 1751, 1752; Biedenkopf, Festschrift Böhm (1965), 113, 129 f; Emmerich, Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen (1969), 142 f; a.A. Koenigs JuS 1963, 384, 387 und die h.L. (Nachw. § 2, FN 136).

30) Vgl. oben § 2 IV 4 a mit FN 129-131.

31) Nachw. oben § 3, FN 91.

32) Vgl. auch Schmidt-George, Einfluß des GWB (1969), 47 ff, 146 ff.

33) Nachw. oben § 3, FN 92.

34) S. oben § 4 V 2; vgl. auch v. Köller, Meinungsfreiheit (1971), 78 m. FN 58.

2. Unlauterer Mißbrauch wirtschaftlicher Macht

Eine extensive Anwendung des § 1 UWG kann demgegenüber geboten sein, wenn es gilt, Verhaltensweisen zu verbieten, die sich als Mißbrauch wirtschaftlicher Macht darstellen. Das Spannungsverhältnis zwischen UWG und GWB besteht nämlich nicht nur im Sinne einer Entlastung des UWG durch das GWB ³⁵⁾, sondern es ist gerade auch Aufgabe des UWG, die Ausübung wirtschaftlicher Macht zu kontrollieren. Zwischen den Zielen von UWG und GWB besteht keine Antinomie, sondern Konvergenz ³⁶⁾. Es müssen also besondere Verhaltensnormen für die Inhaber privater wirtschaftlicher Macht entwickelt werden. Die wirtschaftlich mächtigen Unternehmen dürfen von ihren Rechten keinen Gebrauch machen, der die gleichen Rechte Dritter bedroht und sie ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beraubt. Das heißt in letzter Konsequenz: Marktmächtigen Unternehmen können Handlungen verboten werden, die kleineren Marktpartnern erlaubt werden ³⁷⁾. Darin liegt keine strukturpolitische Bevorzugung der kleineren Mitbewerber, kein gesteigerter Bestandsschutz, sondern es handelt sich um den Ausgleich von Nachteilen, die durch das Machtungleichgewicht entstanden sind, also um Wettbewerbsschutz. Die marktmächtigen Unternehmen haben keinen rechtlichen Schutz ihrer Wettbewerbsfreiheit nötig. Das bedeutet nun nicht, daß wirtschaftliche Macht per se unlauter ist; allein der Machtmißbrauch, d.h. der Einsatz wirtschaftlicher Macht zur Aufhebung der Auslesefunktion des Marktes, ist nach § 1 UWG zu untersagen.

35) So die wohl noch h.M.; Nachw. in § 3, FN 56.

36) So die im Vordringen begriffene Ansicht; Nachw. in § 3, FN 57.

37) Vgl. auch Emmerich (FN 29), 143.

Damit ist gleichzeitig denjenigen der Wind aus den Segeln genommen, die diese ordnungspolitische Funktion des § 1 UWG unter Berufung auf die Antithese Verhaltensunrecht - Erfolgsunrecht bekämpfen ³⁸⁾. Unlauter sind nicht etwa unerwünschte Marktergebnisse, sondern die Verhaltensweisen, die zu solchen Ergebnissen führen. Die Lehre vom Verhaltensunrecht besagt im übrigen lediglich, daß es auf eine Verletzung individueller Rechtsgüter nicht ankommt; das hindert aber nicht, wie die Parallele im Deliktsrecht zeigt, bestimmten Handlungen wegen wirklicher oder möglicher Erfolge das Urteil der Rechtswidrigkeit beizulegen. Die Bewertung des Erfolges durch die Rechtsordnung ist in diesen Fällen *Motiv*, nicht *Gegenstand* der Norm ³⁹⁾.

Ein spezifisches Anwendungsfeld für den Einsatz der wettbewerblichen guten Sitten zur Kontrolle wirtschaftlicher Macht bietet die vom GWB kaum in Angriff genommene Aufgabe, bereits der Entstehung von Marktmacht entgegenzuwirken. Das UWG könnte somit in einer Art präventiver "Vorreiterfunktion" ⁴⁰⁾ wettbewerbsbeschränkendem Verhalten entgegentreten, noch ehe die Normen des GWB (vgl. vor allem die §§ 18, 25, 26, 22 GWB) eingreifen ⁴¹⁾.

Das Urteil des Kartellsenats des BGH aus dem Jahre 1971 ⁴²⁾ steht dem nicht entgegen. Es besagt nicht etwa, daß die §§ 25 ff GWB die Aufstellung von Verhaltensregeln gegen Störungen des Marktgleichgewichts abschließend regeln, so daß für das UWG insoweit kein Raum mehr bliebe; in Anbetracht des ganz offensichtlich fragmentarischen

38) Nachw. in § 3, FN 36.

39) Vgl. Fikentscher, Schuldrecht, 4. Aufl. (1973), § 49 III 4 b (S. 256); Münzberg, Verhalten und Erfolg (1966), 53 ff, 61 ff; Raiser GRUR Int. 1973, 443, 445.

40) Belke ZHR 138 (1974), 227, 240 f.

41) So auch Raiser GRUR Int. 1973, 443, 446.

42) BGHZ 56, 327 - Feld und Wald = GRUR 1972, 40, 42. S. die Wiedergabe der einschlägigen Entscheidungsgründe oben § 2 IV 3 e.

Charakters des GWB können die Ausführungen des Gerichts allenfalls dahin verstanden werden, daß ein Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, das keine unbillige Behinderung nach § 26 Abs. 2 GWB darstellt, auch nicht nach § 1 UWG als machtmißbräuchliche Behinderung untersagt werden kann. Gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 1 UWG im Vorfeld des GWB-Schutzes oder parallel dazu läßt sich aus dieser Entscheidung nichts herleiten ⁴³⁾.

Im übrigen stößt aber selbst diese begrenzte Aussage auf Bedenken, da sie für UWG und GWB einen gemeinsamen Begriff der Behinderung voraussetzt, den es offensichtlich nicht gibt, wenn man den von der Rechtsprechung recht großzügig aufgestellten Katalog von Rechtfertigungsgründen zu § 26 Abs. 2 GWB betrachtet ⁴⁴⁾. Demnach wurde das Diskriminierungsverbot wie ein bloßes Willkürverbot gehandhabt ⁴⁵⁾. Ordnungspolitische Belange werden unter dem Eindruck der Kritik des neueren Schrifttums ⁴⁶⁾ erst allmählich stärker berücksichtigt. Es stimmt also gerade nicht, daß das Recht auf Freiheit des Wettbewerbs bei § 26 Abs. 2 GWB, nicht aber bei § 1 UWG im Vordergrund stünde ⁴⁷⁾. Betrachtet man einerseits die nicht gerade wettbewerbsfreundliche Handhabung des § 26 Abs. 2 GWB durch die Gerichte, andererseits die hier vertretene wettbewerbsregelnde Funktion des § 1 UWG, so ist eher das Gegenteil der Fall. Damit die

43) Ebenso Raiser GRUR Int. 1973, 443, 446.

44) Vgl. die Zusammenstellungen bei Benisch, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl. (1973), § 26 GWB, Rdnr. 41 ff; Belke, Geschäftsverweigerung (1966), 322 ff; Koller, Gleichheitsmaßstab (1972), 15 ff.

45) Belke (FN 44), 332 ff, 357 f; ders. ZHR 138 (1974), 227, 255; Koller (FN 44), 19 ff; I. Schmidt, Wettbewerbspolitik (1973), 265 f.

46) Vgl. die in FN 45 Genannten.

47) So aber BGH GRUR 1972, 40, 42 und im Anschluß daran Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 151.

ordnungspolitische Funktion des § 1 UWG ungehindert zur Entfaltung kommen kann, ist daher in jedem Fall eine voneinander unabhängige Anwendung des § 1 UWG und des § 26 Abs. 2 GWB geboten ⁴⁸⁾.

Ob sich eine Wettbewerbshandlung im Einzelfall als unlauterer Machtmißbrauch durch Aufhebung der Auslesefunktion des Marktes oder lediglich als zulässige Ausübung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit darstellt, ist eine der schwierigsten Fragen, die sich dem aktuellen Wettbewerbsrecht stellen. Die Rechtsprechung bewegt sich dabei auf einem schmalen Grat zwischen wettbewerbsfeindlicher Marktregulierung und Privilegierung wirtschaftlicher Macht ⁴⁹⁾. Alle sogenannten objektiven Kriterien, insbesondere auch das Prinzip des Leistungswettbewerbs, sind - wie wir gesehen haben - ⁵⁰⁾ von einem ganz bestimmten Vorverständnis abhängig, enthalten also ein gutes Stück richterlicher Eigenwertung. Diese tragenden Argumente sind in einem offenen Prozeß des Erkennens und Bewertens sichtbar und damit nachprüfbar und ggf. nachvollziehbar zu machen ⁵¹⁾. Im Rahmen dieser Untersuchung kann es sich nur noch darum handeln, an einigen Beispielen aus der Rechtsprechung die Konkretisierung des allgemeinen Prinzips aufzuzeigen und etwa vorhandene Argumentationsschwächen aufzudecken.

Einen ersten Schritt in Richtung: Kontrolle wirtschaftlicher Macht hat bereits das Reichsgericht im Benrather Tankstellenfall ⁵²⁾ getan. Indem es einem Kartell verbot,

48) Eine andere Möglichkeit, die hier jedoch nicht diskutiert werden kann, wäre es, den Begriff der unbilligen Behinderung des § 26 Abs. 2 mit dem gleichen ordnungspolitischen Gehalt zu versehen, wie es hier mit dem Begriff der Guten Sitten geschieht.

49) Vgl. Kartte WRP 1976, 1, 3; ders., in: Schwerpunkte (1976), 1, 2 f.

50) Vgl. oben §§ 5 II 4, 6 II 4.

51) Oben I 5.

52) RGZ 134, 342.

gezielt ständig die Preise eines Außenseiters zu unterbieten, um ihn - koste es, was es wolle - entweder zum Anschluß an die Preispolitik des Kartells oder zum Ausscheiden aus dem Markt zu zwingen, hat es erstmals die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens bei der Bildung von Verhaltensnormen nach § 1 UWG maßgeblich berücksichtigt. Das grundsätzlich zulässige Wettbewerbsmittel der Preisunterbietung wird in der Hand des Mächtigen zu einer verbotenen Handlung ⁵³⁾.

Eine Unterart unzulässigen Behinderungswettbewerbs ist auch die Gefährdung des Bestands des Wettbewerbs durch Marktverstopfung. Diese vom BGH in den Fällen massenweisen Werbeschenkens ⁵⁴⁾ praktizierte Machtkontrolle unterscheidet sich vom Verbot der Behinderung durch Vernichtungsunterbietung in folgendem Punkt: Während bei der Vernichtungsunterbietung zusätzlich zur Beeinträchtigung der Auslesefunktion des Marktes der Nachweis einer konkreten Schädigungsabsicht gefordert wird, kommt es darauf beim massenweisen Werbeschenken nicht an; die Beseitigung bzw. Störung der Auslesefunktion des Wettbewerbs durch Marktverstopfung wird zu einem eigenständigen Unlauterkeitsmerkmal erhoben. Der Schutz eines einwandfrei funktionierenden Wettbewerbs wird gleichsam, wie das für einen institutionellen Rechtsschutz typisch ist, vorverlagert in den Bereich abstrakter Gefährdung. Die Verletzung individueller Interessen kann wegen der Gefahren, die dem freien Wettbewerb drohen, nicht abgewartet werden; vielmehr muß die objektive Eignung zur Marktverdrängung ausreichen. Eine Marktverstopfung liegt auch dann vor, wenn die Auslesefunktion des Marktes nur zeitlich und örtlich begrenzt aufgehoben ist ⁵⁵⁾.

53) Vgl. ähnlich Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 255; Emmerich (FN 29), 143; Belke ZHR 138 (1974), 227, 241 FN 44.

54) S. die Zusammenstellung der Rechtsprechung oben § 2 I 2.

55) A.A. Soldner, Warenproben (1967), 101 f.

Gerade auf dem Gebiet derartiger "punktueller" Wettbewerbsbeschränkungen, die vom GWB nur ungenügend erfaßt werden, bietet das UWG eine wichtige Ergänzung des Wettbewerbsschutzes ⁵⁶⁾.

Um einen Mißbrauch lokaler Marktmacht ging es auch in dem Eintrittsgelder-Urteil des OLG Frankfurt ⁵⁷⁾. Dieser Fall erhält besondere Bedeutung durch seinen Modellcharakter; denn er ist symptomatisch für eine ganze Reihe wettbewerbsverzerrender Praktiken im Verhältnis Hersteller-Handel ⁵⁸⁾ und bildet insofern nur die Spitze eines Eisberges. Besonders im Lebensmittelbereich sind Forderungen von Sonderzuwendungen zur Aufnahme bzw. Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen an der Tagesordnung. Die Ursache dafür ist in einer ungleichgewichtigen Marktstruktur zu suchen. Sowohl auf der Angebots- wie auf der Nachfrageseite stehen wenige marktmächtige Unternehmen, mit denen jeweils eine breite Schicht kleinerer und mittlerer Unternehmen konkurriert. Das machtmißbräuchliche Fordern von Sondervorteilen kann in doppelter Hinsicht wettbewerbsliche Marktstrukturen zerstören: Einmal werden kleinere Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe, die solche Vorteile nicht mittels wirtschaftlichen Drucks durchsetzen können, benachteiligt und möglicherweise, obwohl leistungsfähig, vom Markt verdrängt. Zum anderen werden auch auf der Marktgegenseite Konzentrationsprozesse dadurch herbeigeführt, daß die kleineren Hersteller die verlangten Konditionen und Rabatte nicht gewähren können.

56) In diesem Sinne auch Raiser GRUR Int 1973, 443, 445 f.

57) DB 1975, 1017 = WRP 1975, 367 m. zust. Anm. D. Löhr 370 = BB 1975, 1600 m. abl. Anm. Warzecha 1602; dem OLG zust. ferner Karte WRP 1976, 1, 2; ders., Schwerpunkte (1976), 1, 5.

58) Vgl. die Angaben in § 2, FN 109.

Dieser Störung der privatautonomen Austausch- und Kooperationsprozesse gilt es (auch) durch die Gate-Sitten-Klausel des Wettbewerbsrechts entgegenzuwirken⁵⁹⁾. Dabei wird es sich nicht immer um derart krasse Fälle von Machtmißbrauch handeln, wie ihn das OLG Frankfurt zu beurteilen hatte. Hier zeigt sich wieder die besondere Schwierigkeit, den Punkt zu bestimmen, wo sachgerechte Differenzierung aufgrund der tatsächlichen Marktleistung in eine machtbedingte Behinderung Dritter umschlägt. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot würde zu einer Erstarrung des Marktes und der Absatzwege führen. Der Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen soll jedoch nicht auf Kosten des Wettbewerbs gehen, sondern gerade ein Mittel zur Erhaltung eines freien dezentralen Entscheidungssystems sein. Ein Strukturwandel ist aber "unersetzliches Kernelement" einer Wettbewerbswirtschaft⁶⁰⁾. Strukturpolitik im Recht gegen unlauteren Wettbewerb ist also nur insoweit zulässig, als sie mit Ordnungspolitik zusammenfällt. Mittelstandsschutz ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Schutz freier Austauschbeziehungen⁶¹⁾. Kartte faßt diese Interessenpolarität prägnant zusammen: "Strukturwandel im Wettbewerb: ja! Verdrängungspraktiken im Nichtleistungswettbewerb: nein!"⁶²⁾

59) Vgl. auch Kartte, Schwerpunkte (1976), 1, 3; D. Löhr WRP 1975, 370 ff; ders. BB 1976, 247 ff; Loewenheim GRUR 1976, 224, 226 ff; Sack WRP 1975, 261 ff, 266; a.A. Warzecha BB 1975, 1602 ff.

60) Vgl. zum Ganzen auch Kartte (FN 59), 2.

61) So wohl auch Sack WRP 1975, 261, 263.

62) Kartte (FN 59), 2.

3. Verbot reiner ökonomischer Nützlichkeitsabwägungen

a) Vorrang des Freiheitsschutzes

Bisher ist von der wettbewerbsregelnden Funktion des § 1 UWG immer nur unter dem Gesichtspunkt des Freiheitsschutzes die Rede gewesen. Sieht man jedoch in dem UWG ein Ordnungsinstrument des Wettbewerbs wie im GWB, so stellt sich auch beim UWG die von der Schutzzweckdiskussion beim GWB ⁶³⁾ her bekannte Frage, ob das UWG den Wettbewerb wegen seiner ökonomischen Erfolge schützt oder ob es vorrangig die Freiheit der Austauschbeziehungen sicherstellen will. Nur im ersten Fall können wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitserwägungen ⁶⁴⁾ auf die Bildung von Verhaltensnormen nach § 1 UWG Einfluß nehmen.

Angesichts des oben (§ 11 III) dargestellten institutionellen Wirkungszusammenhangs von Privatautonomie und Wettbewerbsordnung kann nicht mehr zweifelhaft sein, daß dem Freiheitsschutz wie beim GWB ⁶⁵⁾ so auch beim UWG der Vorrang gebührt, und zwar selbst dann, wenn durch Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit die ökonomischen Ergebnisse verbessert werden könnten ⁶⁶⁾. Eine Ausrichtung des Wettbewerbsschutzes an ökonomischer Zweckmäßigkeit würde im Ergebnis zu einer völligen Funktionalisierung individueller Freiheit und damit zu einer Negierung der subjektiven Rechte ⁶⁷⁾ führen. Das Individuum verlöre seinen Selbstwert und würde zu einem bloßen Faktor in der Nutzen-Schaden-Bilanz der Gemeinschaft. Die Herrschaft des Nationalsozialismus hat uns in eindringlicher Weise

⁶³⁾ Vgl. oben § 5 II 2 zu FN 89 ff m. Nachw.

⁶⁴⁾ Vgl. die Zusammenstellung der einschlägigen Argumente aus der Rechtsprechung oben § 5 II 3 zu FN 94 ff.

⁶⁵⁾ Vgl. die Angaben in § 5, FN 91.

⁶⁶⁾ Zur Existenz eines solchen Konflikts vgl. die in § 5, FN 88 Genannten.

⁶⁷⁾ Vgl. zu dieser Gefahr gemeinschaftsorientierter Betrachtungsweise: Großfeld, Aktiengesellschaft (1968), 197; Flume, Festschrift DJT (1960), 135, 141, 143.

gezeigt ⁶⁸⁾, wohin so ein prinzipieller Vorrang des Allgemeininteresses ⁶⁹⁾ führt. Die hier vertretene institutionelle Betrachtungsweise soll jedoch das subjektive Recht nicht ersetzen, sondern neben dieses als weiterer Grundpfeiler des Privatrechtssystems treten. Das subjektive Recht soll nicht nur, sondern *auch* in seinen gesellschaftlichen Funktionen gesehen werden. Bei der Aufrechterhaltung einer durch Privatautonomie gestalteten Ordnung geht es nicht darum, diese Ordnung durch Schaden-Nutzen-Berechnungen zu determinieren. Das würde gerade wieder zur Aufhebung der Privatautonomie führen. Statt dessen sind einheitliche Rahmenbedingungen für die Ausübung der subjektiven Rechte durch Korrektur des Machtungleichgewichts zu schaffen ⁷⁰⁾. Gesamtwirtschaftliche Wirkungen des Handelns im Wettbewerb scheiden also als Beurteilungsmaßstab aus. Allein dieses Ergebnis verträgt sich auch mit der Funktion des Richters, der auch im Rahmen rechtsschöpferischer Tätigkeit prinzipiell an materiale Werte gebunden ist ⁷¹⁾.

b) Fehlgriffe der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung und Lehre sind der Gefahr, das wettbewerbliche Unlauterkeitsurteil auf gesamtwirtschaftliche Nützlichkeitserwägungen statt auf Argumente ordnungspolitischen Gehalts zu gründen, in einigen Fällen erlegen. Belege dafür bietet nicht nur die Vergangenheit mit ihrer einseitigen Bevorzugung der Kartelle ⁷²⁾, der Absicherung der Preisbindung gegen Außenseiter ⁷³⁾, der

68) Vgl. oben § 10.

69) Dazu bereits krit. oben § 4 V.

70) Vgl. vor allem Großfeld (FN 67), 198; Mestmäcker JZ 1964, 441, 443; ders. AcP 168 (1968), 235, 247; Möschel, Wirtschaftsrecht der Banken (1972), 356; Säcker, Zielkonflikte (1971), 21 ff.

71) Oben I 5 und § 5 II 1 a.

72) S. § 8 I 2.

73) S. § 8 I 3 und § 9 II 4.

wechselseitigen Behandlung des Hinweises auf die Ausländereigenschaft⁷⁴⁾, der politischen⁷⁵⁾ und dirigistischen⁷⁶⁾ Ausfälle der Rechtsprechung zur Zeit des Nationalsozialismus; auch die in neuerer Zeit hervorgetretenen Bestrebungen nach preiswerter⁷⁷⁾ und ausreichender⁷⁸⁾ Versorgung der Bevölkerung, nach "Schutz der Währungsstabilität"⁷⁹⁾ weisen in diese Richtung.

Es ist auch bereits dargelegt worden, daß mit der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Richtpreiswerbung⁸⁰⁾ und der Werbung mit "Markenqualität"⁸¹⁾ ganz bestimmte wirtschaftliche Nützlichkeitsvorstellungen verbunden sind. Wie es zudem für eine solche Argumentation vom Gesamtnutzen her typisch ist, wird in beiden Fällen vom konkreten Einzelfall abstrahiert. Bei der Richtpreiswerbung wird eine etwa verursachte Irreführung der Verbraucher wegen einer Vermeidung *künftiger* Irrtümer für unbeachtlich angesehen; bei der Werbung mit Markenqualität wird eine "Enttäuschung der Qualitätserwartungen" unterstellt, die aber nicht im konkreten Fall vorlag, sondern allenfalls in künftigen Fällen durch irreführenden Vergleich hätte herbeigeführt werden können. Auch darin liegt eine Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsschöpfung.

c) Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter

Eine Sonderstellung nehmen indessen die "wichtigen Gemeinschaftsgüter" ein, um deretwillen bestimmten Gewerbezweigen ein erhöhter Bestandsschutz zugebilligt wird⁸²⁾.
74) S. § 8 II.

75) S. § 10 III 2, 3.

76) S. § 10 III 4.

77) S. § 2 IV 5 c.

78) S. § 2 IV 5 b.

79) S. § 2 IV 5 d.

80) Vgl. dazu oben § 2 IV 6 b.

81) Vgl. dazu oben § 2 IV 6 c, § 5 I 3 a.

82) S. oben § 2 IV 9.

Solche Ausnahmen von Freiheitsschutz sind zulässig, wenn es sich um einen echten Konflikt zwischen dem Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit und der Erhaltung von (außerwirtschaftlichen) Gemeinschaftswerten handelt und letztere bei der im Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung den Vorzug verdienen. Darin liegt kein Widerspruch zu der hier vertretenen These vom prinzipiellen Vorrang des Freiheitsschutzes. Es sei in diesem Zusammenhang nur auf die vergleichbare Problematik im Kartellrecht verwiesen, ob wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die den Tatbestand des § 1 GWB erfüllen, ausnahmsweise durch außergesetzliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sein können. Die Praxis des BKartA⁸³⁾ läßt in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum⁸⁴⁾ solche Vereinbarungen aus Gründen technischer Sicherheit, des Gesundheitsschutzes und aus bestimmten anderen außerökonomischen Gesichtspunkten⁸⁵⁾ zu. Diese Restriktion des Tatbestandes nach Sinn und Zweck der Norm⁸⁶⁾ erscheint auch gerechtfertigt, da es sich bei den außerökonomischen Werten im Gegensatz zu ökonomischen Nützlichkeitsvorstellungen um Wertmaßstäbe handelt, die außerhalb des vom GWB erfaßten Regelungszusammenhangs liegen⁸⁷⁾. Dieser Gedankengang läßt sich ohne weiteres auf das UWG übertragen: Der vom Recht gegen unlauteren Wettbewerb bezweckte Institutionenschutz enthält zwar einen Vorrang der Wettbewerbsfreiheit zugunsten gesamtwirtschaftlicher Nützlichkeit, sagt aber nichts über das Rangverhältnis beim Zusammentreffen mit außerökonomischen Werten.

83) Grundlegend WuW/E BKartA (1960), 145, 148 -Doppelstecker.

84) Vgl. nur Müller-Henneberg, in: Gemeinschaftskommentar (1972), § 1 GWB, Rdnr. 109; Sandrock, Grundbegriffe (1968), 327 ff.

85) Einzelh. und Nachw. bei Müller-Henneberg (FN 84), Rdnr. 110 ff.

86) Larenz (FN 4), 377 ff, nennt das "teleologische Reduktion".

87) Vgl. Müller-Henneberg (FN 84), Rdnr. 114 f.

Diese Fälle einer Güterabwägung haben im Prinzip also nichts gemein mit denjenigen Fällen, in denen der reine wirtschaftliche Nutzen das Recht bestimmt. Dennoch verschwimmen in der Praxis auch hier die Grenzen. So sind z.B. die Volksgesundheit und die Rechtspflege anerkannte Werte der Gemeinschaft ⁸⁸⁾, die es grundsätzlich rechtfertigen, daß zu ihrem Schutz Ärzte, Apotheker, Rechtsanwälte gewisse Privilegien im Wettbewerb genießen. Kommt aber auch der Beförderung ⁸⁹⁾ und der kulturellen Erziehung der Allgemeinheit ⁹⁰⁾, der Demoskopie ⁹¹⁾ und endlich den fiskalischen Interessen des Staates ⁹²⁾ eine solche Bedeutung zu, daß man von vorzugswürdigen Werten der Gemeinschaft sprechen könnte? Eine Zurücksetzung des Freiheitsschutzes gegenüber einem verstärkten Schutz der wirtschaftlichen Existenzen von Taxifahrern, Buchhandlungen und Meinungsforschungsinstituten sowie gegenüber den Interessen der Staatskasse erscheint nicht geboten. Aber selbst die wichtigen Gemeinschaftswerte rechtfertigen nicht in jedem Fall einen erhöhten Bestandsschutz. Die in der Praxis zu beobachtende, häufig nur schlagwortartige Betonung des Schutzes eines wichtigen Gemeinschaftsgutes ⁹³⁾ kann leicht dazu führen, die dahinter verborgenen handfesten Geschäftsinteressen der Gewerbetreibenden zu übersehen und ihnen wegen der ihnen pauschal zugeschriebenen gemeinschaftswichtigen Funktion einen ungerechtfertigten Bestandsschutz, etwa durch Verringerung der Marktzutrittschancen, zu gewähren. Dieser Gefahr muß sich der Rechtsanwender stets bewußt sein. Er muß daher bemüht sein, in jedem Einzelfall alle beteiligten Interessen sorgfältig zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen ⁹⁴⁾. Nur wenn wirklich gemein-

88) S. oben § 2 IV 9 b.

89) S. oben § 2 IV 9 c.

90) S. oben § 2 IV 9 d.

91) S. oben § 2 IV 9 e.

92) S. oben § 2 IV 7.

93) Insoweit zutr. Schricker, Gesetzesverletzung (1970), 240 ff.

94) Mit der von Schricker empfohlenen "Normzwecktheorie" läßt sich diese Gefahr allerdings kaum verringern, da so die wahren Entscheidungskriterien gerade verdeckt werden (dazu oben § 6 II 4). Allein außerökonomische Gemeinschaftswerte können eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips rechtfertigen.

schaftswichtige Funktionen der Gewerbetreibenden in Frage stehen, kann eine Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit in Kauf genommen werden; ansonsten scheidet eine Privilegierung bestimmter Berufsstände aus.

III. STRUKTURPOLITIK ODER MACHTKONTROLLE?

1. Grenzfälle

Die Abgrenzung zwischen Freiheitsschutz und Nützlichkeitsdenken ist häufig nur sehr schwer zu treffen. Es kommt vor, daß die tragenden Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte unter falscher Flagge segeln, wie wir das bei der Richtpreiswerbung und der Werbung mit Markenqualität gesehen haben und wie es auch beim Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter der Fall sein kann. Nicht selten verbergen sich hinter vordergründigen Nützlichkeitsbewertungen aber auch freiheitsschützende Zielsetzungen. Das ist besonders häufig bei den in letzter Zeit wieder zunehmenden strukturpolitischen Wertungen der Fall. Wie schwer es ist, Strukturpolitik und Machtkontrolle, Bestandsschutz und Freiheitsschutz auseinanderzuhalten, ist schon oben (2) anhand der nicht leistungsbezogenen Zuwendungen auf der Händlerstufe gezeigt worden.

Daß die Antithese Freiheitsschutz-Bestandsschutz häufig nur einen Unterschied gradueller Natur bezeichnet, wird auch beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz deutlich ⁹⁵⁾. Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des imitierenden Wettbewerbers wird hier beschnitten, damit dem "Erfinder" nicht der Anreiz zu neuen Entwicklungen genommen wird, wodurch die Antriebs- und Fortschrittsfunktion des Wettbewerbs gestört würde. Hinter der vorder-

95) Siehe oben § 2 IV 5 a.

gründig gesamtwirtschaftlichen Argumentation steht aber auch hier eine sorgfältige Abwägung der sich gegenüberstehenden Freiheitsbereiche: Die Freiheit des "Erfinders" ist nichts wert, wenn ihm die Früchte seiner Erfindung nicht in angemessenem Umfang zufließen können. Hier zeigt sich besonders augenfällig das gegenseitige Bedingungsverhältnis zwischen ökonomischem Nutzen und wirtschaftlicher Handlungsfreiheit ⁹⁶⁾.

Ähnlich schwierig ist die Unterscheidung in den Fällen moderner Werteklamme; dazu zählt insbesondere die Vorspannungswerbung ⁹⁷⁾ und die Veranstaltung von "Preisausschreiben" ⁹⁸⁾, die mehr oder weniger unverblümt zum Betreten des Geschäftslokals oder zum Kauf einer bestimmten Ware "einladen" ⁹⁹⁾. Die Gerichte haben es hier vordergründig auf eine "unsachliche Beeinflussung" der Verbraucher durch "übermäßiges Anlocken" und auf eine Übersteigerung, Verwilderung des Wettbewerbs abgestellt. Wir erinnern uns, daß sich dahinter nicht der Schutz der Verbraucher ¹⁰⁰⁾, sondern letztlich der Schutz kleinerer Mitbewerber, der Schutz mittelständischer Einzelhandelsunternehmen und Fachbetriebe ¹⁰¹⁾, verbirgt. Handelt es sich deshalb bei den von der Rechtsprechung ausgesprochenen Verboten um eine unzulässige "Schutzzaunpolitik" oder um zulässigen Schutz vor Verdrängungswettbewerb?

96) Vgl. dazu oben § 5 II 3.

97) Vgl. die Angaben in § 2, FN 36.

98) Vgl. die Angaben in § 2, FN 37.

99) Vgl. außerdem den Fall einer Gutscheine-Verteilung (BGH GRUR 1974, 345 - Geballtes Bunt) und die Fälle unentgeltlicher Kundenbeförderung (Nachw. in § 2, FN 32-34).

100) S. oben § 5 I 3 b.

101) S. oben § 5 II 3.

2. Wettbewerbsschutz durch Mittelstandsschutz bei der Beurteilung aggressiver Werbeformen

Es ist kein Zufall, daß auch hier wieder die Lebensmittelbranche im Blickfeld steht: Wenige marktstarke Filialbetriebe stehen in scharfer Konkurrenz zu dem Gros des Einzelhandels; ungenutzte Kapazitäten stehen auf der "grünen Wiese". Dieser "Angebotsüberhang" auf der Händlerseite führt zu besonders aggressiven Verkaufsmethoden. Zwar ist nicht jede aggressive Werbeform schon allein wegen ihrer Wirksamkeit als unlauterer Machtmißbrauch abzuqualifizieren; wenn indessen Werbemittel, die typischerweise nur marktmächtigen Unternehmen zustehen, schwerwiegende Strukturkrisen zur Folge haben, die nicht auf mangelnder Leistungsfähigkeit, sondern allein auf dem Fehlen von Marktmacht beruhen, liegen die Voraussetzungen für ein Verbot nach § 1 UWG vor. Strukturpolitik ist dann Wettbewerbspolitik ¹⁰²⁾.

In dieser Richtung lassen die Gerichte jedoch jedwede Sachaufklärung und Argumentation vermissen; es herrscht, von der beiläufigen Erwähnung des Schutzes kleinerer Mitbewerber einmal abgesehen, ein ausgesprochenes *Argumentationsdefizit*. Die Scheu der Gerichte vor offenen strukturpolitischen Erwägungen erklärt sich offenbar aus der unausgesprochenen Gleichsetzung von Strukturpolitik und Bestandsschutz, wie sie etwa den reichsgerichtlichen Urteilen ¹⁰³⁾ auch tatsächlich zugrunde lag. Jetzt gilt es zu erkennen, daß eben Mittelstandsschutz auch Schutz des freien Wettbewerbs bedeuten kann. Die

102) In diesem Sinne wohl auch Sack WRP 1975, 65, 73, wenngleich sich dort auch manche mißverständliche Formulierung findet; wenn er etwa den Gebrauch der Wettbewerbsfreiheit nur insoweit für zulässig hält, als sie geeignet ist, die wirtschaftspolitische Ziel-funktion des Wettbewerbs zu erfüllen (a.a.O. 70), gibt er den prinzipiellen Vorrang der Wettbewerbs-freiheit auf. Klarer dagegen im hier vertretenen Sinne seine Ausführungen in WRP 1975, 261, 263.

103) S. oben § 10 III 4 und § 2 I 1.

Argumentation kann dabei an zwei verschiedenen Hebeln ansetzen: Zum einen kann aus der Art der Werbung selbst auf ihre tendenzielle Eignung zur Umsatzverlagerung durch Marktmacht geschlossen werden; zum anderen kann dieser Schluß aus tatsächlich eingetretenen Umsatzverlagerungen gezogen werden.

Auch im letzten Fall bleibt ein "Mindestmaß an Handlungsunwert" ¹⁰⁴⁾ erhalten, da die Verdrängung nur Motiv, nicht Gegenstand der Verbotsnorm nach § 1 UWG ist ¹⁰⁵⁾. Es kann auch nicht eingewandt werden, der Schluß von schlechten Marktergebnissen auf unlauteren Machtmisbrauch habe eine unzulässige Prädominanz des gesamtwirtschaftlichen Nutzens zur Folge. Denn das schlechte Marktergebnis schlägt in diesem Fall nicht unmittelbar auf die Beurteilung des Wettbewerbsverhaltens durch, sondern mittelbar über die Veränderung der Wettbewerbsstruktur: Wenn z.B. eine Branche ohne wirksame Möglichkeiten einer Gegenwehr unverhältnismäßige Einbußen zugunsten der Marktmächtigen hinnehmen muß (die Wettbewerbszentrale schätzt die jährlichen Umsatzverlagerungen auf 4 bis 5 Milliarden DM ¹⁰⁶⁾), ist das ein gewichtiges Indiz dafür, daß mit den aggressiven Werbeformen machtmisbräuchlicher Verdrängungswettbewerb getrieben wird ¹⁰⁷⁾. Der durch ein Verbot solcher Werbeformen faktisch bewirkte Existenzschutz ist unter diesen Voraussetzungen nur ein Mittel zum Schutz eines freien Wettbewerbs. In diesem Sinne werden die gesamtwirtschaftlichen Wirkungen einer Wettbewerbshandlung durch die privatrechtlichen Institutionen vermittelt ¹⁰⁸⁾.

104) Ballerstedt, Festschrift Böhm (1965), 179 ff; Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 240.

105) S. oben 2.

106) Hieronimi WRP 1975, 753, 754.

107) In diesem Sinne kann auch die Formel von der "erheblichen Verlagerung des Kundenstammes" in BGH GRUR 1974, 156, 157 - Geld-Gewinnspiel gedeutet werden. Dieses Argument wird daher zu Unrecht pauschal abgelehnt von Ohlgart GRUR 1974, 693, 695.

108) Vgl. zu dieser "Entlastungsfunktion privatrechtlicher Institutionen" : Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 246 f.

3. Beispiel: Verbot der Vorspannwerbung

Trotz der Mängel auf der Tatsachenebene soll versucht werden, für die Fallgruppe der Vorspannwerbung das allgemeine Prinzip der Verhinderung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht zu konkretisieren. Diese Fallgruppe ist von besonderem praktischen Interesse, weil die Entwicklung wettbewerblicher Verhaltensnormen durch die Rechtsprechung insoweit noch keineswegs als abgeschlossen gelten kann. Der Anlockeffekt der Vorspannwerbung beruht auf dem Angebot eines oder mehrerer branchenfremder Artikel zu einem sensationell günstigen Preis. Diese "Nebenware" dient als Lockmittel zum Kauf der Hauptware, sei es, daß beides nur zusammen abgegeben wird oder daß eine solche Koppelung nicht besteht. Nur über den ersten Fall hatte der BGH ¹⁰⁹⁾ zu befinden. Wettbewerbsverzerrungen können hier einmal bei den Konkurrenten auftreten, die der Hauptware vergleichbare Produkte vertreiben oder herstellen, zum anderen bei denjenigen, die die Nebenware handelsüblich im Sortiment führen. In der Praxis ist besonders der Buchhandel betroffen.

Ausgangspunkt wettbewerbsrechtlicher Beurteilung muß sein, daß die Werbeform der Vorspannwerbung typischerweise nur Marktmächtigen (in der Praxis wird es sich meist um große Filialisten handeln) zur Verfügung steht. Denn ein günstiges Vorspannangebot kann eben nur machen, wer über ein großes Absatzgebiet und große Umsätze verfügt. Die Konkurrenten können sich demgegenüber nicht zur Wehr setzen, weil sie keine Marktmacht haben ¹¹⁰⁾. Ferner kommt hinzu, daß die Vorspannwerbung sich typischerweise auf homogenen Märkten herausgebildet hat, wo die Ver-

¹⁰⁹⁾ BGHZ 65, 68 = WRP 1975, 672 = GRUR 1976, 248; BGH DB 1976, 1808; BGH WRP 1976, 555 - Rustikale Bretchen; BGH WRP 1976, 557 - Kochbuch.

¹¹⁰⁾ Vgl. bes. die zutr. Ausführungen des LG Stuttgart NJW 1976, 1270, 1271 - Tierbuch; die Berufungsinstanz (OLG Stuttgart WRP 1976, 723, 727) billigt diesem Gesichtspunkt allerdings keine wettbewerbsrechtliche Bedeutung zu; in diesem Sinne auch OLG Frankfurt WRP 1977, 645, 648; KG Berlin WRP 1977, 789, 792.

braucher also verhältnismäßig leicht von der einen Ware weg zur anderen hin "umgelenkt" werden können ¹¹¹⁾. Die Gefahr leistungsunabhängiger Umsatzverlagerungen ist hier besonders groß. Der Einwand, das Angebot einer billigen "Nebenware" sei doch gerade eine besondere Leistung, schlägt demgegenüber nicht durch: Zwar ist eine auf Marktmacht beruhende Leistung grundsätzlich ebenso anzuerkennen, wie jede andere Leistung; es ist wettbewerbsimmanent, wenn sich das günstige Angebot durchsetzt. Die Frage ist hier aber doch gerade, ob nicht die "Leistung", das günstige Angebot selbst, sich als Mißbrauch von Marktmacht darstellt. Wenn dem so ist, kann es dafür auch keine Rechtfertigung durch Augenblicksvorteile für den Verbraucher geben. Denn Marktverdrängung an sich gesunder Einzelhandelsunternehmen führt auf lange Sicht zu erheblichen Versorgungsschwierigkeiten und zu einer insgesamt ungünstigen Wettbewerbssituation für den Verbraucher. Berücksichtigt man nach allem die tendenzielle Eignung der Vorspannung zur Umsatzverlagerung und Marktverdrängung, ferner die Tatsache, daß typischerweise nur die Inhaber von Marktmacht diese Werbung betreiben können, so ist die Werbung mit Vorspannangeboten als unlauter anzusehen ¹¹²⁾. Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob zwischen Haupt- und Nebenware eine *rechtliche* oder nur eine *faktische* Koppelung besteht: Der Verdrängungstatbestand ist in beiden Fällen gleich. Eine faktische Koppelung liegt dann vor, wenn der Kauf der Nebenware regelmäßig den Erwerb der Hauptware auslöst. Darauf, ob bei einem nicht unerheblichen Teil der Käufer aufgrund

¹¹¹⁾ Vgl. die insoweit zutr. Ausführungen des BGH (Grundlegend: WRP 1975, 672 f.); einen Überblick über die wirtschaftliche Bedeutung der "Sortimentserweiterung" geben Schricker-Lehmann WRP 1977, 289, 290 ff.

¹¹²⁾ Im Ergebnis ebenso Schmeding WRP 1974, 305, 307 f; Hefermehl GRUR 1974, 542, 545; Sack WRP 1975, 65, 69 ff; Fezer BB 1975, 1500, 1501 f; zurückhaltend Hoth GRUR 1976, 219, 220 ff; abl. Borck WRP 1975, 1 ff u. 75 ff; Schricker-Lehmann WRP 1977, 289, 302 ff.

mißverständlicher Werbung der Eindruck einer rechtlichen Koppelung entsteht ¹¹³⁾, ob die Abnahme der Hauptware etwa nur aus einem Gefühl der Peinlichkeit heraus erfolgt oder ganz einfach aus purer Bequemlichkeit, kommt es nicht an ¹¹⁴⁾.

4. Das Argument der Nachahmungsgefahr

Die Überprüfung einer Wettbewerbshandlung unter dem Aspekt des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht schließt entgegen auch heute noch nicht verstummter Kritik ¹¹⁵⁾ auch eine Berücksichtigung des zu erwartenden Verhaltens der Konkurrenten ein. Es ist geradezu typisch für eine institutionelle Betrachtungsweise, daß der vorweggenommene Marktprozeß die rechtliche Beurteilung der einzelnen Wettbewerbshandlung beeinflusst ¹¹⁶⁾. Die potentielle Reaktion der übrigen Mitbewerber entscheidet mit darüber, ob sich eine Wettbewerbshandlung tendenziell zur Marktverdrängung eignet. Damit ist der gegen das Argument der Nachahmungsgefahr vorgebrachte Haupteinwand, durch bloße Multiplikation unerwünschter Verhaltensweisen könne man nicht eine an sich zulässige Wettbewerbsmaßnahme verbieten ¹¹⁷⁾, hinfällig geworden; denn das Unlauterkeitsmerkmal "Eignung zur Marktverdrängung" schließt aus institutioneller Sicht bereits die Berücksichtigung drohender progressiver Übersteigerung ein, so daß schon die erste Wettbewerbshandlung Unrecht ist. Das "Mindestmaß an Verhaltensunrecht" ist damit gegeben, da nicht etwa Schädigungen der kleineren Gewerbetreibenden überhaupt zu unterlassen sind ¹¹⁸⁾, sondern nur der Einsatz wettbewerbsbeschränkender Mittel verboten wird.

¹¹³⁾ Diese Fallgestaltung lag dem Urteil des OLG Frankfurt DB 1976, 1006 zugrunde.

¹¹⁴⁾ Ebenso Fezer BB 1975, 1500 1502.

¹¹⁵⁾ Vgl. oben § 3 I zu (6) m. FN 36 f.

¹¹⁶⁾ Vgl. bes. Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 247.

¹¹⁷⁾ Vgl. die Angaben in § 2, FN 37.

¹¹⁸⁾ So die Grenzziehung von Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 239 f.

Die Gefahr einer *progressiven Übersteigerung* des Wettbewerbs kann insbesondere dann bestehen, wenn - wie etwa auf Märkten mit homogenem Warenangebot - die Konkurrenten sich zwangsläufig der aggressiven Verkaufspolitik einzelner Unternehmen anschließen müssen, um im Wettbewerb mithalten zu können. Das "Sich-Hochschaukeln" vieler kleiner Wettbewerber in den gegenseitigen Verkaufsbemühungen kann zum selben Ergebnis führen wie der machtmisbräuchliche Wettbewerb eines einzelnen oder einiger weniger Wettbewerber: zur Verdrängung gesunder Unternehmen vom Markt. Daher ist schon den Anfängen zu wehren und einer sich abzeichnenden Strukturverschlechterung des Wettbewerbs infolge Übersteigerung mit Hilfe des § 1 UWG Einhalt zu gebieten. Im übrigen ist nicht einzusehen, wieso der Erfinder einer besonders aggressiven Werbeform auch noch privilegiert werden soll, indem erst den nachahmenden Wettbewerbern die betreffende Wettbewerbsbehandlung untersagt wird. Damit würde eine möglicherweise bestehende Ungleichheit der Wettbewerbsbedingungen nicht beseitigt, sondern verschärft werden.

Bestehen somit gegen die grundsätzliche wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Arguments der Nachahmungsgefahr keine Bedenken, läßt sich Gleiches nicht von der Art und Weise sagen, in der das Argument in der Praxis gehandhabt wird. So werden die Folgen einer Nachahmung mit Ausdrücken wie "Verwilderung der Wettbewerbsitten", "Auswüchse des Wettbewerbs" u.ä. umschrieben ¹¹⁹⁾. Derartige Kraftausdrücke wecken nicht nur sprachliche Reminiszenzen an die Rechtsprechung des Reichsgerichts ¹²⁰⁾. Es besteht vielmehr der Verdacht, daß sich unter dem Deckmantel dieser letztlich nichtssagenden Begriffe unbewußte, unkontrollierte Wertungen einschleichen. Das Nachahmungsargument ist auch nur Hilfsmittel zur Feststellung des Tatbestands unlauterer Marktverdrängung;

119) Einzelh. oben § 2 IV 1.

120) Vgl. Eichmann, Mitarbeiterfestschrift Ulmer (1973), 287, 293.

nicht etwa kann es den Nachweis von Verdrängungsstrategien ersetzen. In diesem Mißverständnis scheint mit eine Ursache für die oben (2) kritisierte Enthaltensamkeit des BGH in ordnungspolitischer Argumentation zu liegen.

IV. DIE BEDEUTUNG VERFASSUNGSRECHTLICHER WERTUNGEN

Es fragt sich, welche Rolle dem Verfassungsrecht *neben* dem Institutionenschutz noch zukommt. Die bereits oben (I 2) angemeldeten Zweifel hinsichtlich einer weittragenden Bedeutung verfassungsrechtlicher Wertungen werden in allen jenen Fällen bestätigt, in denen das Verfassungsrecht lediglich herangezogen wird, um die Aufrechterhaltung bestimmter Wettbewerbsstrukturen zu untermauern. Hier werden die bereits aus der "Natur der Sache", dem Institutionenschutz gewonnenen Wertungen unter einem neuen Etikett ein zweites Mal verwandt. Das ist etwa der Fall, wenn die für eine großzügige Behandlung der vergleichenden Werbung sprechende Förderung der Markttransparenz, eine im Hinblick auf die Sicherung der Auslesefunktion des Marktes anerkannte wettbewerbsrechtliche Zielsetzung, durch ein gleichlaufendes Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und ungehinderte Information unterlegt wird¹²¹⁾. Nicht ohne Grund kommen die Gerichte in diesen Fällen auch ohne verfassungsrechtliche Erörterungen aus.

Unklar erscheint die Rolle des Verfassungsrechts in den Anzeigenblatt-Fällen. Die Rechtsprechung ist wegen des der Presse zugebilligten gesteigerten Bestandsschutzes von verschiedenen Seiten kritisiert worden¹²²⁾. Die zwei

121) S. oben § 2 IV 1o a.

122) Dunz NJW 1956, 1318; Kull JZ 1969, 796; Meyer-Cording JZ 1964, 273, 276; v. Godin GRUR 1966, 127, 130; Rinck, Festschrift OLG Celle (1961), 151, 164; Kübler, Recht und Staat, Nr. 327 (1966), 15 ff.

Haupteinwände gegen ein Verbot unentgeltlicher Verteilung von Anzeigenblättern lauten: Das Publikum selbst müsse entscheiden, welchem Presseerzeugnis es den Vorrang geben wolle; eine "Vorzensur" durch die Justiz sei unzulässig. Zudem sei die Aufgabe des Machtausgleichs nur noch im System des Wettbewerbsrechts zu lösen, wenn ein Unternehmen zum Wettbewerb überhaupt zugelassen sei ¹²³⁾.

Der zuletzt genannte Einwand leuchtet schon deshalb nicht ein, weil ein erhöhter Bestandsschutz nicht notwendigerweise "systemfremd" sein muß, wenn er nämlich zugunsten höherwertiger außerökonomischer Wertungen gewährt wird. Im Unlauterkeitsrecht sind daher Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit unter dem Gesichtspunkt des Schutzes wichtiger Gemeinschaftsgüter erlaubt (oben II 3 c). Im übrigen stellt sich der vermeintliche Bestandsschutz hier in Wahrheit als Wettbewerbsschutz dar. In Anbetracht der durch die zweifache Kommerzialisierung des Mediums "Presse" (Vertriebs- und Anzeigengeschäft) erhöhten Konzentrationsgefahr ¹²⁴⁾ erscheint es sachgerecht, den Wettbewerbsschutz durch Schaffung eines abstrakten Gefährdungstatbestandes vorzuverlegen ¹²⁵⁾. Eine solche Vorverlegung des Wettbewerbsschutzes ist typischer Ausdruck institutionellen Rechtsdenkens. Ein Unterschied gegenüber dem massenweisen Werbeschenken besteht nur insoweit, als mangels Homogenität der verkauften Zeitungen und der kostenlos verteilten Anzeigenblätter nicht ohne weiteres von einer Marktverstopfung ausgegangen werden kann. Es bedarf daher eines Anhaltspunktes dafür, daß die Anzeigenblätter eben in den Augen eines nicht unerheblichen Teils des Publikums als "Zeitung" angesehen werden und daß diese Gleichsetzung in nicht unerheblichem Umfang zu einer Substitution der entgeltlich vertriebenen Tageszeitungen durch die Anzeigenblätter geführt

123) Einen ganz anderen Ansatzpunkt hat die Kritik von Gärtner BB 1970, 1361, 1364. Dazu unten in FN 130.

124) Vgl. Kübler (FN 122), 15.

125) Vgl. auch P. Ulmer AfP 1975, 870, 876, 886, der darin allerdings eine Auswirkung der Wertung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG sieht.

hat. Ein solcher Anhaltspunkt kann, wie der BGH zutreffend ausführt, in der Schädigung eines einzelnen Presseorgans zu sehen sein ¹²⁶⁾. Die Schädigung eines einzelnen Presseorgans ist ein Indiz dafür, daß im konkreten Fall die Auslesefunktion des Marktes durch die kostenlose Verteilung des Anzeigenblattes beeinträchtigt ist; es handelt sich dann um einen Fall unlauteren Machtmißbrauchs durch Verdrängungswettbewerb.

Das Argument unzulässiger "Vörzensur" hat sich damit von selbst erledigt; denn sicher will Art. 5 GG die Presse nicht einem schärferen Wettbewerb aussetzen, als er ohnehin nach den allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts besteht. Aber davon abgesehen erscheint es auch sinnwidrig, auf die Entscheidung des Publikums abzustellen: Stehen sich annähernd substituitionsfähige redaktionelle Leistungen gegenüber, so ist etwa die Entscheidung, das Anzeigenblatt nunmehr *statt* einer Tageszeitung zu lesen, ja gerade die Folge machtmisbräuchlichen Wettbewerbs. Die eigenartige konzentrationsfördernde Verquickung von Anzeigengeschäft und Zeitungsvertrieb, die eine kostenlose Verteilung lokaler Anzeigenblätter erst als geschäftlich sinnvolle Maßnahme erscheinen läßt, wird von der Entscheidung der Leser überhaupt nicht berührt. Der Schutz der Institution "Presse" geht also in dem Schutz der Institution Wettbewerb auf; verfassungsrechtliche Wertungen, die daneben selbständige Bedeutung hätten, sind nicht erkennbar.

Anders liegt es in den Fällen, in denen das Grundrecht der freien Meinungsäußerung zur Rechtfertigung von Presseinformationen ¹²⁷⁾ und von öffentlicher Waren- oder Unternehmenskritik, insbesondere von Boykottaufrufen ¹²⁸⁾,

126) BGH NJW 1971, 2025 f - Stuttgarter Wochenblatt II.

127) BGHZ 50, 1 = GRUR 1968, 645, 646 f - Pelzversand; s. oben § 2 IV 4 a.

128) Nachw. oben § 2 III 4 u. IV 10 a.

herangezogen wird. Die verfassungsrechtlich gedeckte Meinungskundgabe geht hier in der Regel über das zum bloßen Funktionieren des Wettbewerbs erforderliche Maß hinaus ¹²⁹⁾. Dasselbe gilt für verfassungsrechtliche Wertungen, die außerhalb des vom Wettbewerbsrechtlichen Institutionenschutz erfaßten Wertungszusammenhangs liegen, wie z.B. der Schutz der Intimsphäre und der Schutz ungestörter Religionsausübung. Hier gelten die allgemeinen Grundsätze der Güterabwägung ¹³⁰⁾. Spezifisch wettbewerbsrechtliche Probleme tauchen nicht auf. Insbesondere das in der Rechtsprechung vorhandene Bestreben, den Verbraucher vor allzu aufdringlicher Werbung zu schützen ¹³¹⁾, kann nur Zustimmung hervorrufen.

¹²⁹⁾ Einzelh. bei Weick, Boykott zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Interessen (1971), 171 ff; v. Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung (1971), 256 ff; Wenzel GRUR 1968, 626; Fritze NJW 1968, 2358; Kübler, Recht und Staat, Nr. 327 (1966), 11 ff, 14 f.

¹³⁰⁾ Abzulehnen sind dagegen die restriktiven Bestrebungen von Gärtner (BB 1970, 1361), der eine verfassungskonforme Generalklauselanwendung nur dann zulassen will, wenn dem einfachen Gesetzgeber eine gleichlautende Sachentscheidung durch die Verfassung vorgezeichnet wäre (a.a.O. 1363 ff). Die Parallele zum Normenkontrollverfahren (a.a.O. 1362) ist abwegig, da der Richter nicht denselben verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraum hat wie der Gesetzgeber; der Richter muß stets die Lösung anstreben, die die Verfassung am besten verwirklicht. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß das BVerfG seine Prüfungszuständigkeit bei Verfassungsbeschwerden in Zivilsachen restriktiv auslegt, um nicht als "Super-revisionsinstanz" zu erscheinen (instruktiv: BVerfG NJW 1971, 1645 - Mephisto m. abw. Meinungen v. Stein 1648 und Rupp - v. Brünneck 1652). Die Selbstbeschränkung des BVerfG entbindet den Zivilrichter nicht von seiner - durch die Instanzgerichte voll nachprüfbaren - Verpflichtung, die verfassungsrechtlich beste Lösung, das ist zugleich die zivilrechtlich beste Lösung, zu suchen.

¹³¹⁾ Vgl. dazu bes. Krüger - Nieland GRUR 1974, 561.

Wir haben an einigen Beispielen aus der Praxis gesehen, wie sich die öffentlichen Interessen zu konkreten Verhaltensnormen im Wettbewerb verdichten können. Unter Rückgriff auf den Sinngehalt des Wettbewerbs, auf seine institutionellen Bezüge, lassen sich für den Einzelfall Kriterien gewinnen, die Bausteine einer objektiven, einwandfreien Funktionieren garantierenden Verhaltensordnung sind. Immer wieder ist uns aber auch die Gefahr verdeckter Wertungen bewußt geworden, wenn es um das Verhältnis Wirtschaftsordnung, Wettbewerbsordnung, Wettbewerbsrecht geht. Bestandsschutz und Freiheitsschutz liegen dicht beieinander, sind häufig nur durch subtile Wertungen zu unterscheiden. Patentrezepte für die Falllösung lassen sich nicht erteilen. Diese Schwierigkeiten sind indessen dem Prozeß richterlicher Rechtschöpfung, um den es bei der Anwendung der Gute-Sitten-Klausel geht, immanent: Der Nachvollzug der für den Einzelfall offengelassenen gesetzgeberischen Entscheidung erfordert letztlich eine Wertentscheidung des Rechtsanwenders. Das Bewußtsein um die Gefahren bei der Anwendung der Generalklausel ermöglicht aber eine rationale, offene Argumentation, die nachvollziehbar und kritikfähig ist.

Das Spannungsverhältnis von Bestandsschutz und Freiheitsschutz, von Strukturpolitik und Machtkontrolle in einer dem Wesen unserer heutigen Wirtschaftsordnung entsprechenden Weise zu lösen, ist eine der Hauptaufgaben, die sich dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb heute stellt und die von Praxis und Lehre in fortwährendem Ringen mit der Wirklichkeit, mit den aktuellen Konflikten, immer wieder neu gelöst werden muß. Mit der vorliegenden Untersuchung sollte ein Beitrag zu diesem Bemühen geleistet werden.

L e b e n s l a u f

Am 4. Oktober 1943 wurde ich als Sohn des Einzelhandelskaufmanns Alfred Giere und seiner Ehefrau Elfriede, geb. Lohmann, in Ahe / üb. Rinteln (Kreis Grafschaft Schaumburg) geboren. Die Reifeprüfung legte ich im Februar 1963 am Gymnasium in Rinteln ab. Anschließend studierte ich in Marburg, Lausanne und Münster Rechtswissenschaft. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 17. September 1968 vor dem Justizprüfungsamt in Hamm. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 30. Mai 1974 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab. Anschließend war ich bis März 1977 wissenschaftlicher Assistent am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Münster.

